Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates. Ein Vergleich

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HERMANN HOFER
von Wynau

Ernst Lang, Zürich 2 - 1944

Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates. Ein Vergleich

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque
der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HERMANN HOFER
von Wynau

Ernst Lang, Zürich 2 - 1944

Die Fakultät hat diese Arbeit am 29. Oktober 1942 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0038

INHALTSÜBERSICHT

A. Verwaltungsrat und Aufsichtsrat

Seite

§ 1 Allgemeines 11

I. Das schweizerische und das deutsche Recht 11
II. Rechtfertigt sich die Gegenüberstellung von Verwaltungs- und Aufsichtsrat? 13
III. Geschäftsführung und Vertretung 14
IV. Die rechtliche Stellung 16

§ 2 Wahl, Wählbarkeitsvoraussetzungen und Nationalität 18

I. Die Amtsdauer 18
II. Die Aktionärqualität im schweizerischen Recht 20
III. Die Entsendung von Aktionären in den Aufsichtsrat . . . 22
IV. Die Nationalitätsvorschriften 24

§ 3 Innere Organisation und Geschäftsordnung 26

I. Allgemeines 26
1. Die Einberufung 26
2. Die Beschlußfassung und die Kompetenzen des Verwaltungsrates 28
3. Die Stellvertretung 30
4. Die Kumulation von Verwaltungsratsstellen 32
II. Der Präsident des Verwaltungsrates 33
III. Der Ausschuß des Verwaltungsrates 35
IV. Die Delegation 36
V. Das Protokoll 38

§ 4 Pflichten und Rechte 40

I. Die Hinterlegung von Aktien 40
II. Die Sorgfaltspflicht 43
III. Die Aufsichtspflicht 46
IV. Die Anzeigepflicht bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit 49
V. Das Recht auf Entschädigung 51
1. Die Vergütung im allgemeinen 51
2. Die Tantième 53

§ 5 Verhältnis zu General- und Hauptversammlung 55

I. Der Geschäftsbericht 55
II. Die Entlastung 58
III. Die Abberufung 61
IV. Die Demission 63

B. Direktion und Vorstand

Seite

§ 6 Bestellung 65
I. Die Notwendigkeit einer Direktion 65
II. Die Organschaft 66
III. Die Anstellung und ihre rechtliche Natur 68

§ 7 Verhältnis zu Verwaltungs- und Aufsichtsrat 71
I. Die übergeordnete Stellung von Verwaltungs- und Aufsichtsrat 71
II. Die Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied 78

§ 8 Stellung und Aufgaben im allgemeinen 80
I. Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis 80
II. Der Direktor im schweizerischen Recht 84
III. Die Stellung des Vorstandes 87
IV. Der Vorsitzende des Vorstandes als Führer des Unternehmens 90
V. Die Zeichnung 92
VI. Die Namensangabe 95
VII. Die Konkurrenzklausel 97

§ 9 Die Pflichten aus der Geschäftsführung 98
I. Gesetzliche 98
II. Statutarische 100
III. Die Geschäftsordnung 102

§ 10 Die Verantwortlichkeit 103
I. Haftung gegenüber der AG 103
II. Haftung gegenüber den Gläubigern und Aktionären . . . 108
III. Die Trennung der Verantwortung zwischen Verwaltungsrat und Direktion 110
IV. Strafrechtliche Natur der Verantwortlichkeit 114

§ 11 Die Kautionsstellung 116
I. Allgemeines 116
II. Durch Aktien 117
III. Durch andere Werte 117

§ 12 Der Anspruch auf Lohn 118
I. Das Fixum 118
II. Die Gewinnbeteiligung 119
III. Die Gratifikation 120

§ 13 Die Abberufung 121
I. Durch den Verwaltungsrat 121
II. Durch den Aufsichtsrat 122

§ 14 Die Kontrollstelle 123

LITERATURVERZEICHNIS

Bachmann: Kommentar zum Obligationenrecht. Zürich 1915.

— Der Entlastungsbeschluß der Generalversammlung der AG für die Geschäftsführung in der Festschrift für Cohn. Zürich 1915.

Bauer: Der Aufsichtsrat. Leipzig 1905.

Baumbach: Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Auflage; Berlin und München 1939.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des schweiz. OR, vom 21. Februar 1928.

Brodmann: Kommentar zum Aktienrecht. Berlin 1928.

Curti: Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz. Berlin 1930.

Dietler: Die rechtliche Stellung der Verwaltung der AG. Diss. Bern 1895.

Egger: Zur Revision des Aktienrechts. SJZ 1925.

— Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht. Z.f.S.R. 23, 22 ff.

— Kommentar zum ZGB, Personenrecht. Zürich 1930.

Enßlin: Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse der AG. Diss. Zürich 1930.

Fehr H.: Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht in der Festschrift für Karl Wieland. Basel 1934.

Fehr K.: Die Struktur der Kommandit-AG. Abh.schw.R. 110. Heft 1935.

Flechtheim-Wolff-Schmulewitz: Die Satzungen der deutschen AG. Berlin 1929.

Freudiger: Vorstand und Aufsichtsrat im HGB. Diss. Erlangen 1928.

Gadow-Heinichen: Kommentar zum Aktiengesetz. Berlin 1939.

Gloor: Die für die AG wichtigen Bestimmungen des neuen schweizerischen Strafrechtes. Schw.AG. 1938/39, 83 ff.

v. Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz. Berlin und Leipzig 1937.

v. Godin: Stichentscheid des Aufsichtsratsvorsitzers bei Stimmengleichheit. Soz.Pr. 49, 177 ff.

Guhl: Das Schweizerische Obligationenrecht. 2. Auflage 1936/37.

Gunzinger: Die Vertretungsmacht des Vorstandes der AG. Diss. Leipzig 1902.

Hagmann: Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der AG. Abh.schw.R. 163. Heft 1939.

Hallstein: Die Aktienrechte der Gegenwart. Berlin 1931.

Hampel: Die Entlastung des Vorstandes einer AG. Diss. Borna-Leipzig 1911.

Hartmann: Die Tantième bei der AG. Diss. Zürich 1919.

Haußmann: Vom Aktienwesen und Aktienrecht. Mannheim 1928.

Heilbrunn: Geschäftsbericht und Jahresabschluß der AG. Schw.AG. 1937/38.

Henggeler: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht. Zürich 1937.

Henze: Der Konkurs der schweizerischen AG. Diss. Bern 1923.

Heß: Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung der AG. Diss. Zürich 1937.

Hoffmann: Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24—33 des OR. 1923.

Horrwitz: Das Recht der Generalversammlung der AG. Berlin 1913.

Huber: Erster Bericht über die Revision der Titel 24—33 des OR. 1920.

Hug: Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts. St. Gallen 1934.

Jaißle: Die Verwaltungsratsfragen der AG, eine Organisationsfrage. Diss. Zürich 1917.

Ith: Die Pflichtaktien des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht. Zürich 1924.

Jung: Maßnahmen der AG gegen Überfremdung. Mainz 1921.
Kaul: Der Aufsichtsrat der AG und die Betriebsratsmitglieder in ihm. Berlin 1924.
Ketterer: Die Geschäftsführung der englischen AG. Diss. Bern 1926.
Klingler: Die Holdinggesellschaft. Diss. Freiburg 1928.
Kolb: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht. Diss. Zürich 1935.
König: Statut, Reglement, Observanz. Diss. Zürich 1934.
Kreis: Die Haftung der Organe iuristischer Personen nach schweizerischem Privatrecht. Diss. Zürich 1936.
Küsters: Zur Vertretung der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern. Soz.Pr. 49, 51 ff.
— Der Betriebsführer, ein oft verkannter Begriff. Soz.Pr. 49, 749 ff.
Locher: Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht. Diss. Bern 1941.
Perregaux: La Direction de la SA. Diss. Freiburg 1925.
Pfyffer von Altishofen: Die Direktion der AG nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1919.
Rathenau: Vom Aktienwesen, eine geschäftliche Betrachtung. Berlin 1917.
Ritter: Kommentar zum Aktiengesetz. München und Berlin, 2. Aufl. 1939.
Rosendorff: Nationalsozialistisches Aktienrecht. Schw.AG. 1937/38, 70 ff.
Sautter: Die wirtschaftliche Überfremdung. Diss. Zürich 1926.
Schlegelberger-Quassowski: Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Aufl. Berlin 1939.
Siegwart: Kommentar zum ZGB, OR V. Band, 4. Teil. Zürich 1938.
5. Teil: Einleitung zu AG und G.m.b.H. Zürich 1939/40.
Silbernagel: Die Gründung der AG nach deutschem, schweizerischem und englischem Aktienrecht. Berlin 1907.
Soergel: Kommentar zum BGB. Stuttgart-Leipzig-Berlin 1937.
Staehelin: Zur Frage der Berichterstattung durch besondere Sachverständige und durch die Kontrollstelle. Schw.AG. 1938/39, 121 ff.
v. Steiger: Die Anpassung der AG an das neue Recht. Zürich 1937.
Thalmann: Die Aktiengesellschaft, in Vorträgen der Basler Handelskammer. Basel 1937, 41 ff.
Tuor: Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 3. Auflage. Zürich 1934.
Vigier: Verantwortlichkeit der Organe der AG gegenüber den Gläubigern. Aarau 1907.
v. Waldkirch: Die Revision des schweizerischen Aktienrechts. Z.f.S.R. 23, 634 ff.
Welti: Die Organisation der AG. Diss. Zürich 1890.
Wettstein: Die Nationalität der AG und das Clearing. Schw.AG. 1935/36, 117 ff.
Wieland: Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer AG gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach OR. Z.f.S.R. 23, 260 ff.
— Handelsrecht Bd. 2, Die Kapitalgesellschaften. München 1931.
Wolfers: Die Verwaltungsorgane der AG. Diss. Zürich 1917.
Wolf: Die Unhaltbarkeit des Aktionärrequisits für die Verwaltung der AG. SJZ 27, 241 ff.

ABKÜRZUNGEN

Abh.schw.R.	=	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, neue Folge, herausgegeben von Dr. Theo Guhl, Bern.
AG	=	Aktiengesellschaft(en).
Akt.G.	=	deutsches Aktiengesetz vom 30. Januar 1937.
a.M.	=	anderer Meinung.
Amtl.Begr.	=	Amtliche Begründung zum Akt.G.
BBl.	=	Bundesblatt.
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
BGE	=	Entscheid des schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung.
Bl.zü.R.	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
bzw.	=	beziehungsweise.
God.Wilh.	=	v. Godin-Wilhelmi.
HGB	=	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
HRVO	=	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.
NZZ	=	Neüe Zürcher Zeitung.
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
aOR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881/30. März 1911.
RGZ	=	Entscheid des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Satz.	=	Satzungen.
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
Schl.Qu.	=	Schlegelberger-Quassowski.
Schw.AG.	=	Die Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
Soz.Pr.	=	Soziale Praxis, Zeitschrift für soziale Fragen und Aktienwesen.
Stat.	=	Statuten.
Sten. Bull.	=	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, NR = Nationalrat. St.R. = Ständerat.
Z.b.J.V.	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
Z.f.S.R.	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge.

A. VERWALTUNGSRAT UND AUFSICHTSRAT

§ 1. Allgemeines

I. Das schweizerische und das deutsche Recht

Zwei Gesetze liegen vor uns, fast zur gleichen Zeit erschienen. Beide haben die gleiche Materie zum Inhalt, das Aktienrecht, sind aber dennoch grundverschieden voneinander, denn sie sind nicht auf denselben Fundamenten aufgerichtet worden. Beide Gesetzgeber konnten aus reichen Quellen schöpfen, ging ihnen doch die Zeit eines noch nie dagewesenen wirtschaftlichen Aufschwunges voraus, und anderseits konnten sie an den Nöten der Kriegs- und Krisenzeiten ihr Auge schärfen.[1]

Das schweizerische Recht, dem demokratischen Grundgedanken treu, sieht ab von umstürzlerischen Ideen; das Alterprobte und Bewährte soll nicht etwas Neuem, Ungewissem Platz machen. Das heißt aber nicht, den Tatsachen die Augen verschließen. Als Recht des Kaufmanns ist das Aktienrecht einer raschen Wandlung unterworfen; es galt mit dem Erfordernis der Zeit Schritt zu halten und Veraltetes über Bord zu werfen, Bestehendes zu verbessern, Neues aufzunehmen und die Lücken sorgfältig auszufüllen. In diesem Sinne ist die Revision mehr als eine durchgreifende Renovation, denn als eine Kodifizierung aufzufassen.

Ganz anders das deutsche Recht. Getragen vom nationalsozialistischen Staatsgedanken, der mit Altem, nach seiner Auffassung nicht mehr Zweckmäßigem rücksichtslos aufräumt und glaubt, Besseres an dessen Stelle setzen zu können, soll auch das deutsche Aktiengesetz ein Zeuge seiner Zeit sein. Doch so wenig wir wissen, wohin diese politisch und ideologisch neue Aera führen soll — sie wurde ja erst geboren — so steht ein ebenso großes Fragezeichen mit dem Aktiengesetz vor uns. Die Zukunft allein dürfte uns hier eine Antwort darauf geben können.

---

[1] Vgl. Thalmann 41.

Währenddem das schweizerische Aktienrecht einen ihm würdigen Platz in der Gesamtkodifikation, dem Obligationenrecht, einnimmt, hat in Deutschland der Gesetzgeber das Aktienrecht aus dem Handelsgesetzbuch losgerissen und in ein eigenes Gesetz eingekleidet.

Ein erster gewaltiger Gegensatz im schweizerischen und deutschen Aktienrecht liegt im Aufbau der Organisation. Im OR ist das oberste geschäftsführende Organ der AG der Verwaltungsrat gegenüber dem Vorstand im Akt.G. Dem Vorstand liegt die Leitung der Geschäfte zwingend ob; er hat die Gesellschaft unter seiner eigenen Verantwortung zu leiten (Akt.G. 70 I). Die Hauptversammlung, vor allem einzelne Großaktionäre, sollen ein- für allemal von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein und nicht mehr, wie unter dem alten Recht, ihre eigenen möglicherweise gesellschaftsfremden Belange wahren können.[2] Der Aufsichtsrat, ein Organ, das einst dem schweizerischen Verwaltungsrat nicht unähnlich war, mußte sich ebenfalls eine starke Kürzung seiner Befugnisse zugunsten des Vorstandes gefallen lassen. Das Gesetz versucht ihn mit allen Mitteln von der aktiven Geschäftsführung auszuschließen und hofft damit einen weiteren Schritt zur klaren Abgrenzung der Verantwortlichkeit unter den Organen getan zu haben. Neben einigen Funktionen mehr formeller Art sieht das Gesetz die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates in der Überwachung der Geschäftsführung, ohne ihm aber Pflichten aufzuerlegen, wie sie das schweizerische Recht für die Kontrollstelle vorsieht. Die Prüfung des Jahresabschlusses hat durch Abschlußprüfer zu geschehen, denen aber nicht wie im schweizerischen Recht Organcharakter zuerkannt wird. Der Staat behält sich das Recht vor, mit Sondervorschriften in das Gesellschaftsleben einzugreifen (Akt.G. 142).

Ein weiterer Unterschied liegt in der Festsetzung des Mindestgrundkapitals. Während sich das OR mit Fr. 50 000.— begnügt und damit die Vorteile der AG nicht zu einem Vorrecht des finanziell Stärkeren machen will, verlangt das Akt.G. RM. 500 000.—. Der deutsche Gesetzgeber will damit erreichen, daß weite Schich-

[2] Vgl. Amtl.Begr., Vorbemerkung zu §§ 70—124.

ten des Volkes an der Aufbringung des Grundkapitals beteiligt sind.[3]

Im Bestreben des Akt.G., die Verantwortung unter den einzelnen Organen eindeutig festzulegen, ließ sich eine strenge und in die Einzelheiten gehende Normierung nicht vermeiden, so daß dem dynamischen Moment[4], einem wichtigen Faktor im Handelsrecht, nie der großzügige Raum gewährt werden konnte wie im OR. Keine starre Form, großes Anpassungsvermögen an alle Verhältnisse, aber dennoch Einfachheit und straffer Aufbau, das sind die Vorzüge des schweizerischen Aktienrechts. Nirgends so deutlich wie aus der Geschäftsführung und aus der Stellung der daran beteiligten Organe geht das hervor und läßt sich am schönsten beweisen im Vergleich mit einem Recht, das nach anderen Grundsätzen in die Welt gesetzt worden ist. Dabei wollen wir auch an den Mängeln nicht blind vorübergehen.

Einiges aus dem schweizerischen Recht uns bereits Bekanntes, besonders über den Verwaltungsrat, mußte mit in die Arbeit aufgenommen werden, wollten wir nicht Gefahr laufen, einen zusammenhanglosen Überblick zu erhalten.

II. Rechtfertigt sich die Gegenüberstellung von Verwaltungs- und Aufsichtsrat?

Das schweizerische Aktienrecht überträgt die Geschäftsleitung dem Verwaltungsrat (OR 722). Im deutschen Aktiengesetz dürfen dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden (Akt.G. 95 V). Ein unlösbarer Widerspruch scheint sich damit auf den ersten Blick zu ergeben, der aber, je mehr wir die beiden Organe miteinander vergleichen, verschwindet.

Der Hauptberührungspunkt liegt in der gemeinsamen Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung. Diese Überwachungspflicht ist die Hauptaufgabe für den Aufsichtsrat, währenddem sie bei der Verwaltung erst in den Vordergrund tritt, sobald diese einen Teil ihrer Befugnisse an ein weiteres Organ ausscheidet, so

[3] Vgl. Amtl.Begr. Einleitung.
[4] Vgl. Fehr H. 66 ff.

daß wir dann von einem beaufsichtigenden Verwaltungsrat und einer geschäftsführenden Direktion sprechen. Diese Zweiteilung hat sich bewährt und ist bei allen schweizerischen AG von einiger Bedeutung anzutreffen. Die Direktion nimmt dabei eine Stellung ein, die einem Vergleich mit dem Vorstand im Akt.G. sehr wohl standhält. Es sei zugegeben, daß sich eine Parallele ebensosehr zwischen Verwaltungsrat und Vorstand ziehen ließe; eine Darstellung der Geschäftsführung ohne Berücksichtigung der Stellung des Aufsichtsrates und ohne eingehende Würdigung der Bedeutung der Direktion im schweizerischen Recht wäre aber undenkbar. Verfolgen wir die geschichtliche Entwicklung des Aufsichtsrates in der deutschen AG, so kommen wir bis zum Inkrafttreten des Gesetzes von 1937 zu einer auffallenden Ähnlichkeit mit dem Verwaltungsrat des OR, so daß auch von diesem Standpunkt aus gesehen ein Vergleich der beiden Organe sich rechtfertigen ließe.

Im übrigen versuchen wir im Verlaufe dieser Arbeit mehrmals darzustellen, daß die Tendenz des Gesetzes, den Aufsichtsrat gänzlich von der Geschäftsführung abzuschnüren, kaum von Erfolg begleitet sein wird. Die dualistische Gestaltung in der Leitung der Geschäfte hat sich für die AG in der Schweiz als ein Vorteil erwiesen, weshalb sollte sie das nicht auch anderswo.

Dadurch, daß der Verwaltungsrat Elemente des Vorstandes wie des Aufsichtsrates in sich vereinigt, ist es nicht zu umgehen, bereits im ersten Teil der Arbeit da und dort dem Verwaltungsrat den Vorstand gegenüberzustellen.

III. Geschäftsführung und Vertretung

Der Verwaltungsrat ist das geschäftsführende und die Gesellschaft nach außen vertretende Organ.[5] Die Verwaltungstätigkeit zerfällt damit in zwei verschiedene Funktionen, die aber so eng miteinander verknüpft sind, daß sie sich nicht ohne weiteres trennen lassen.[6] Die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben

[5] OR 717, vgl. Guhl II 305.

[6] Wolfers 34: Die Vertretungskompetenz deckt sich, wenn nichts anderes bestimmt ist, mit der dem betreffenden Organ zukommenden Verwaltungs- und Geschäftsführungskompetenz.

und die Vertretung der Gesellschaft können an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder Dritte übertragen werden (OR 717).

Nach dem Akt.G. leitet und vertritt der Vorstand die Gesellschaft (Akt.G. 70, 71). Als leitendes Organ steht ihm die Vertretung wie die Geschäftsführung zu. Wir sehen im schweizerischen Recht das Bestreben, im deutschen sogar die Vorschrift, beide Befugnisse vereint demselben Organ zu übertragen. Diese nahen Beziehungen zwischen Vertretung und Geschäftsführung seien einer kurzen Betrachtung unterworfen.

Die Geschäftsführung berührt das Innenverhältnis der Gesellschaft,[7] nach außen braucht sie nicht hervorzutreten. Trotzdem sprechen wir auch von Geschäftsführung, wenn die dazu befugten Personen im Verkehr mit Dritten die Gesellschaft rechtlich verpflichten.[8] Im letzteren Fall, wo es gilt, Rechtshandlungen gegenüber Dritten vorzunehmen oder Erklärungen an sie abzugeben, liegt Vertretung vor.[9] Daraus erhellt, daß Geschäftsführung und Vertretung keine Gegensätze in sich schließen. «Die Vertretung der Gesellschaft, das Handeln für sie nach außen, ist vielmehr ein Ausschnitt aus der Geschäftsführung, welche der viel weitere Begriff ist.»[10]

Gemeinsam für Verwaltungsrat wie Vorstand gilt, in Ermangelung einer anderen Bestimmung, daß die Leitung der Gesellschaft im Zweifel allen Mitgliedern gemeinsam zusteht (OR 717, Akt.G. 71). Bei größeren Unternehmungen trifft es aber selten zu, daß die gesamte Geschäftsführungsbefugnis in einer Hand vereinigt ist. Vielmehr wird aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Erledigung bestimmter Geschäfte unter einzelne Personen verteilt. Ähnlich verhält es sich mit der Vertretung. Die Statuten oder die Satzungen, aber auch der Verwaltungs- oder Aufsichtsrat bestimmen, wer die Gesellschaft nach außen vertritt. Ob ein Verwaltungsrat, Direktor,

---

[7] Vgl. Curti 113.

[8] Siegwart OR V 4. 535 N. 3 nennt die Vertretung nach außen auch die äußere Geschäftsführung.

[9] Baumbach Einf. vor § 70 N. 2.

[10] So God.Wilh. § 70 Übersicht I. Vgl. Guhl II 307. Vgl. Egger Kommentar ZGB N. 12: Einem Organ kann Geschäftsführung zukommen, nicht auch Vertretung (zum Beispiel dem Verwaltungsrat), während dem Vertretungsorgan notwendigerweise auch die erstere in größerem oder geringerem Umfang zustehen muß.

ein Vorstandsmitglied, allein oder in Verbindung mit einer weiteren, mit der Geschäftsführung betrauten Person, etwa einem Prokuristen, die Gesellschaft Dritten gegenüber bindend verpflichten kann, soll hier nicht mehr näher erörtert werden, da weiteres darüber unter späteren Abschnitten zur Sprache kommt.

IV. Die rechtliche Stellung

Verwaltungs- wie Aufsichtsrat werden von dem obersten Organ der Gesellschaft, der General- bzw. Hauptversammlung gewählt. Damit treten sie in ein direktes Abhängigkeitsverhältnis zu ihnen, das nicht ohne Einfluß auf ihre Handlungen und Entschlüsse bleiben kann, denn mit der Zuständigkeit zur Wahl ist auch die der Abberufung verbunden.

Das OR wie das Akt.G. sprechen von der Wahl der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsratsmitglieder, ohne die rechtliche Natur, die daraus entspringt, weiter zu normieren. Der Streit in der Literatur entspann sich allgemein darum, ob Auftrag oder Dienstvertrag vorliege.[11] Daraus sei nur entnommen, was mit Hinblick auf die Geschäftsführung erwähnenswert ist.

Für das deutsche Recht regelt sich die Frage einfach. Ganz allgemein wird bestimmt, daß das Aufsichtsratsmitglied in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft tritt, das, wo unentgeltlich, Auftrag, wo eine Vergütung vereinbart, Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung ist.[12] Das revidierte OR vermeidet es wie das alte, im Gesetz irgendwelche Andeutung fallen zu lassen, die einen Anhaltspunkt geben könnte, ob der Verwaltungsrat in einem mandatsähnlichen Verhältnis zur Gesellschaft stehe oder nicht.[13] Die vom deutschen Recht verlangte Unentgeltlichkeit als Mandatsrequisit lassen die Bestimmungen des OR 394 nicht zu, da eine Vergütung

---

[11] Im französischen Recht sind die Mitglieder der Verwaltung Mandatare der AG. vgl. Loi sur les sociétés vom 24. Juli 1867, Art. 22.

[12] Vgl. Baumbach § 87 N. 3, BGB 626, 671, 675, RGZ 123, 354, Soergel § 675 N. 1, God.Wilh. § 87 N. II, Brodmann HGB 243 N. 3.

[13] Vgl. aOR 647 und 654, sowie die Bemerkungen von Kolb 9 ff, wonach der Gesetzestext einen Hinweis auf den Mandatscharakter zuließe. Vgl. Bachmann OR 649 N. 2.

nicht nur bei Verabredung, sondern auch wenn sie üblich ist, geleistet werden muß. Es liegen aber wieder andere Argumente vor, welche das Rechtsverhältnis in die Normen über den Auftrag reihen lassen. Kein Aktionär kann zur Annahme der Mitgliedschaft in die Verwaltung gezwungen werden, daran können auch die Statuten nichts ändern, eine Bestimmung in diesem Sinne wäre rechtsunwirksam (OR 680).[14] Analog zu ihrem Recht, den Verwaltungsrat zu wählen, steht der Generalversammlung auch die Befugnis zu, einem Mitglied fristlos zu kündigen (OR 705), das seinerseits wiederum sein Amt jederzeit niederlegen kann. Ein weiterer Hinweis auf den Mandatscharakter ergibt sich aus dem Vertrag, den das Verwaltungsratsmitglied mit der Gesellschaft eingeht. Es liegt eine selbständige, auf das Interesse eines andern — nämlich das der Gesellschaft — gerichtete Betätigung vor. Diese Umschreibung des Vertragsgegenstandes deckt sich mit der üblichen Definition des Auftrages.[15]

Aus dem bisher Angeführten läßt sich entnehmen, daß für das Vertragsverhältnis des Verwaltungsrates zur AG die Normen über den Dienstvertrag nicht anwendbar sind. Geschieht dies dennoch, so ist damit ein Rechtsverhältnis außerhalb der Beziehungen Verwaltungsrat — Gesellschaft gemeint. Dieser Fall trifft vielfach zu beim Direktor, aber auch beim Delegierten und beim Präsidenten des Verwaltungsrates.[16] Neben dem bestehenden gehen sie jeweilen einen neuen Vertrag ein, ohne daß darin der Bestand des alten irgendwie berührt würde.

Erwähnt sei noch, daß die Ansicht, durch die eigenartige rechtliche Stellung des Verwaltungsrates entstehe ein contractus sui generis, in der Literatur Eingang gefunden hat.[17] Für uns hat das keine weitere Bedeutung, da im Zweifel dennoch, entsprechend OR 394 II, die Vorschriften über den Auftrag herbeizuziehen sind. Im übrigen werden, wo Zweifel herrscht, allfällige Vorschriften in den Statuten zur Klärung des Vertragsverhältnisses beitragen können.

---

[14] Vgl. Bachmann OR 649 N. 3.
[15] Guhl I 205, Wolfers 27.
[16] Vgl. Bachmann OR 649 N. 2.
[17] Vgl. Welti 45, Dietler 66 ff., Kolb 12 ff.

I. Die Amtsdauer

Verwaltungs- und Aufsichtsrat werden von der General- bzw. Hauptversammlung für eine gesetzlich begrenzte Frist gewählt. Beide Gesetzgeber waren sich einig darüber, daß diesen Organen nicht gleich zu Beginn durch eine lange Amtsdauer das Gefühl zu großer Sicherheit eingeflößt und damit einer unverantwortlichen Amtsführung Vorschub geleistet werden soll. Nach OR 708 I darf die Generalversammlung den Verwaltungsrat das erste Mal auf höchstens drei Jahre wählen. Die Hauptversammlung kann den ersten Aufsichtsrat auf sogar nur ein Jahr bestellen, da seine Bestellung bis zur ersten Hauptversammlung gilt, die nach Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Entlastung stattfindet (Akt.G. 87).

Der im ersten Moment kraß anmutende Unterschied im schweizerischen und deutschen Recht erscheint aber sofort in einem anderen Lichte, wenn man beachtet, daß die vom OR vorgeschriebenen drei Jahre eine Höchstgrenze bedeuten, die von der Generalversammlung oder den Statuten herabgesetzt werden darf. Aber nicht nur der Macht des ersten Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrates, sondern auch allfälligen Aspirationen der Gründer, die dem Interesse der Gesellschaft zuwiderlaufen, soll mit einer nicht zu langen Amtszeit entgegengetreten werden.[1] Der Verwaltungsrat kann für die ersten drei Jahre durch die Statuten, der erste Aufsichtsrat durch die Gründer bestellt werden. Bei der Bedeutung für die Geschäftsführung, die dem Verwaltungsrat, in bescheidenerem Umfang aber auch dem Aufsichtsrat zukommt, liegt nichts näher, als daß die Gründer Mitglieder wählen, die in erster Linie ihre Interessen wahren, die nicht immer mit denen der übrigen Aktionäre konform zu gehen brauchen.[2]

---

[1] Vgl. Freudiger 59.
[2] Vgl. Schl.Qu. § 87 N. 4.

Die zweite und jede weitere Wahl des Verwaltungsrates kann die Generalversammlung unbeschränkt bis auf sechs Jahre festsetzen, wobei die bisherigen Mitglieder — anderslautende statutarische Bestimmungen vorbehalten — wieder wählbar sind. Akt.G. 87 setzt fest, daß kein Aufsichtsratsmitglied für längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung gewählt werden kann, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt. Das Wahljahr wird nicht mitgerechnet.[3]

In der Regel ist unter einem Jahr der Zeitraum von einer ordentlichen Generalversammlung bis zum Schluß der nächsten ordentlichen Generalversammlung zu verstehen. In der Praxis wird häufig eine bestimmte Reihenfolge bei der Ausscheidung und Erneuerung der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsratsmitglieder vorgeschrieben.[4] Den Erneuerungsturnus legen die Statuten und Satzungen mit dem Austrittstermin und der Zahl der ausscheidenden Mitglieder fest. Auch das Los ist zur Ausscheidung vorgesehen.[5]

Fallen einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates während eines Geschäftsjahres weg oder sind sie an der Geschäftsführung verhindert, so bestimmt OR 708 III, daß die verbleibenden Mitglieder die Verwaltung bis zur nächsten Generalversammlung fortführen können. Aber auch hier dürfen die Statuten eine andere Lösung vorsehen. Üblicherweise erfolgt die Wiederbesetzung durch die nächste Generalversammlung, und das neugewählte Mitglied tritt in die Amtsdauer des ausgeschiedenen ein (Kooptation). Da die Zahl der Verwaltungsräte oft gleitend gehalten ist, wird meist vorgesehen, daß im Falle, wo die Zahl der Mitglieder unter das statutarische Minimum gesunken ist, eine Ergänzungswahl[6] vorzunehmen ist. Eine gesetzlich festgelegte Höchstzahl von Gesellschaften, denen ein Aufsichtsratsmitglied angehören darf, ist dem schweizeri-

---

[3] Schl.Qu. § 87 N. 14: Das Aufsichtsratsmitglied scheidet kraft Gesetzes am Ende der gesetzlichen Wahlperiode aus.

[4] Vgl. Baumbach § 87 N. 4.

[5] Vgl. Statuten der Bally AG., Schönenwerd, § 14; Maschinenfabrik Oerlikon AG., § 15; Satzungen der Zellstoff-Fabrik Waldhof AG., Mannheim, § 10.

[6] Nach deutschem Recht kann ein Mitglied sein Amt erst niederlegen, wenn die Ergänzungswahl sichergestellt ist. Vgl. BGB 671 II; Schl.Qu. § 87 N. 26.

schen Gesetz unbekannt.[7] Zulässig sind dagegen Bestimmungen in den Statuten, daß nicht mehrere Teilhaber derselben Firma[8] oder Verwandte bis zu einem gewissen Grade[9] gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrates sein dürfen.

II. Die Aktionärqualität im schweizerischen Recht

Der erste Artikel unter dem Abschnitt Verwaltung des schweizerischen Aktienrechts stellt ein Erfordernis auf, dessen Sinn nicht ohne weiteres verständlich ist.[10] OR 707 bestimmt nämlich, daß die Verwaltung aus einem oder mehreren Mitgliedern zu bestehen habe, die Aktionäre sein müssen. In der Praxis wird die Beobachtung des Aktionärerfordernis vielfach auf Schwierigkeiten stoßen und sich sogar als undurchführbar erweisen, zum Beispiel bei Familienaktiengesellschaften, wo keine zur Verwaltung fähige Person oder wo unmündige Kinder vorhanden sind. Aber auch in anderen Unternehmen dürfte die Unzweckmäßigkeit der Norm zutage treten.[11] Das Akt.G. kennt weder für den Vorstand noch für den Aufsichtsrat eine Verordnung oder einen Hinweis, der die Aktionäreigenschaft für die beiden Organe verlangt.[12] Das schließt nicht aus, in den Satzungen zu bestimmen, daß nur solche Personen in den Vorstand oder Aufsichtsrat gewählt werden können, die eine Anzahl Aktien besitzen oder erwerben.[13] Aus der Vorschrift, daß bei Amtsantritt eine bestimmte Anzahl Aktien hinterlegt werden müssen (OR 709 I), darf nicht mit Sicherheit geschlossen werden, daß die Mitglieder wirklich Aktionäre sind, sofern die deponierten Aktien nicht auf ihren Namen lauten, da mit einer fiduziarischen Aktienübertragung diese Bestimmung glatt umgangen werden kann. Als Beweis, wie unsicher der Gesetzgeber über den Zweck der

---

[7] Akt.G. 86 II: Mitglied kann ferner nicht sein, wer bereits in zehn Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien Aufsichtsratsmitglied ist.
[8] Vgl. Stat. d. Basler Handelsbank § 18.
[9] Vgl. Stat. d. Schweizerischen Bankvereins § 23.
[10] Vgl. Thalmann in Sten.Bull. St.R. 1931, 562.
[11] Vgl. Wolf 241.
[12] Schl.Qu. N. 11: Namentlich braucht das Aufsichtsratsmitglied nicht Aktionär der Gesellschaft zu sein.
[13] Vgl. Freudiger 19.

Norm war, mag die Tatsache dienen, daß er es unterlassen hat, sie zu sanktionieren.

Das OR verlangt aber nicht, daß nur Aktionäre gewählt werden können, da es ausdrücklich heißt in Art. 707 II:

> Werden andere Personen gewählt, so können sie ihr Amt erst antreten, nachdem sie Aktionäre geworden sind.

Eine Ausnahme in dieser Hinsicht wird bei Unternehmen gemacht, an denen Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse besitzen. Nach OR 762 kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in die Verwaltung abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionär ist.

Der Leitgedanke, daß nur Aktionäre sich im schweizerischen Recht mit der Verwaltung der Gesellschaft befassen sollen, liegt vor allem darin, daß sie am Gedeihen des Unternehmens materiell mehr interessiert sind als unbeteiligte Dritte.[14] Dabei ist allerdings zu beachten, daß der Gesetzgeber es unterlassen hat, eine Vorschrift aufzustellen über die Anzahl der Aktien, die vom Verwaltungsratsmitglied zu hinterlegen sind. Demnach würde der Besitz eines einzigen Aktientitels genügen, um sich in den Verwaltungsrat gültig wählen zu lassen. Daß in diesem Fall die Aktionäreigenschaft auf die Geschäftsführung herzlich wenig stimulierend wirken wird, braucht kaum einer besonderen Erwähnung. Wie haltlos das Argument ist, geht noch mehr daraus hervor, daß Direktoren, also die Vertreter und Geschäftsführer, die einen unbeschränkten Einblick in die Entwicklung und den Stand des Unternehmens genießen, nicht Aktionäre zu sein brauchen.[15] Dabei hängt unbestreitbar von der Tatkraft, der zielbewußten und aufopfernden Arbeit der Direktoren oft der Aufschwung und die Entwicklung des Betriebes in weitgehendem Maße ab.

Gemäß der Botschaft des Bundesrates haben die Mitglieder der Verwaltung Aktionäre zu sein, damit ihre Organeigenschaft gewahrt bleibe. Dieses Argument ist nicht stichhaltig, da die Kontrollstelle aus Nichtaktionären bestehen kann (OR 727 II), und in der

---

[14] Vgl. Wolf 241 ff.
[15] Vigier 21 nennt es einen kläglichen Widerspruch.

Generalversammlung kann, wo die Statuten nichts anderes vorschreiben, der Aktionär sich durch Dritte gültig vertreten lassen.[16]

Tatsächlich ist der Aktionärausweis ein alter Zopf, entnommen aus dem französischen Recht, wo er einst seine Begründung gehabt haben mag.[17]

III. Die Entsendung von Aktionären in den Aufsichtsrat

Mit § 88 hat das deutsche Aktienrecht eine Bestimmung aufgenommen, die neu ist. Die Satzung kann bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Es entspricht dies einer Übung, die bereits im alten Gesetz vielfach zur Anwendung gekommen ist, indem vertragliche Vereinbarungen über die Besetzung der Aufsichtsratsposten getroffen wurden. Aus wirtschaftlichen Gründen und «aus den Verpflichtungen, welche die Gesellschaft gegenüber Banken, Großaktionären, Gläubigern, ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern oder sonstigen an der Gesellschaft interessierten Dritten übernommen hat»[18], erklärt sich die neue Vorschrift. So soll namentlich den gemischt- und gemeinwirtschaftlichen Unternehmungen Gelegenheit gegeben werden, Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden.[19]

Die Satzung kann bestimmen, wem das Entsendungsrecht zukommt und entzieht insoweit der Hauptversammlung das Wahlrecht. Das Recht kann sich an einzelne Personen knüpfen, die

---

[16] Kolb 15: Wenn diese Gründe heute vielleicht nicht mehr so wichtig scheinen mögen, um eine zwingende Norm zu rechtfertigen, so ist daran zu erinnern, daß ursprünglich die AG den personellen Handelsgesellschaften bedeutend näher stand, daß der Aktienbesitz noch viel mehr den Charakter einer Mitgliedschaft, nicht nur einer materiellen Beteiligung hatte und auch nicht so rasch von einer Hand in die andere überging.

[17] Vgl. Loi sur les sociétés vom 24. Juli 1867, Art. 22.

[18] Schl.Qu. § 88 N. 2.

[19] Vgl. Amtl.Begr. zu § 88. — Baumbach § 88 N. 2: Die öffentliche Hand hat ein großes Interesse daran, daß AGn., an denen sie beteiligt ist, in ihrem Sinn geführt werden, daß zumindest diese AGn. Belange der Gefolgschaft und des Gemeinwohls besonders nachdrücklich wahren. — Ob die dadurch dem Staat ermöglichte ständige Kontrolle der Geschäftsführung sich mit der Zeit nicht lähmend auf die Privatinitiative auswirkt, wird erst die Zukunft lehren.

Aktionäre sind und Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden können — die Satzung kann aber die Entsendung auch vom Besitz bestimmter Aktien abhängig machen. In Akt.G. 88 wird bestimmt, daß das Entsendungsrecht nur den Inhabern solcher Aktien eingeräumt werden kann, die auf den Namen lauten und deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist.[20] Die Gesamtzahl der entsandten Mitglieder darf höchstens den dritten Teil sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder ausmachen (Akt.G. 88 I). Ob dabei die Zahl der gewählten Mitglieder maßgebend ist und das Entsendungsrecht durch die Wahl eines möglichst kleinen Aufsichtsrates beeinträchtigt werden kann, darüber gehen die Meinungen in den Kommentaren auseinander.[21] Es ist nicht zu vergessen, daß der Aufsichtsrat von der Hauptversammlung gewählt wird und somit auch ihr Vertrauen genießen soll. Aus diesem Grunde schon wäre es unbillig, wenn bei kleinen Aufsichtsräten das Recht auf zwei Drittel durch die Entsendungsberechtigten geschmälert werden könnte.[22]

Über die Stellung der entsandten Mitglieder ist das gleiche zu sagen wie für die gewählten; sie unterscheiden sich in ihren Aufgaben und Pflichten nicht von ihnen. Sie stehen jedoch nicht in einem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, sondern zum Entsendungsberechtigten. Ihm räumt das Gesetz auch die Befugnis ein, die von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglieder jederzeit abzuberufen und durch andere zu ersetzen (Akt.G. 88 IV). Zeigt sich, daß das Entsendungsrecht nicht ausgeübt wird, da ohne besondere Vorkehrung in der Satzung die Pflicht dazu nicht besteht, so darf die Gesellschaft die freien Aufsichtsratsposten besetzen,[23] das aber erst dann, wenn der Berechtigte auf das Entsendungsrecht verzichtet hat. Sind die in der Satzung aufgestellten Voraussetzungen des Entsendungsrechts weggefallen, so erteilt Akt.G. 88 V der Hauptver-

---

[20] God.Wilh. § 98 II N. 1: Diese müssen jedoch dann mit Nummern in der Satzung bezeichnet sein und können nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden; demnach ist wie im ersten so trotz Verbindung mit der Aktie auch im zweiten Fall erheblich auf die Persönlichkeit des Inhabers der Aktie abgestellt ....

[21] Für diese Annahme: God.Wilh. § 88 N. 2, a.M. Baumbach N. 2.

[22] Vgl. Schl.Qu. § 88 N. 13.

[23] Vgl. God.Wilh. § 88 I, Baumbach N. 4 B.

sammlung die Befugnis, das entsandte Mitglied mit einfacher Stimmenmehrheit abzuberufen.

Ein Vergleich mit dem OR rechtfertigt die Frage, ob es zulässig und überhaupt möglich sei, die Mitglieder des Verwaltungsrates auf andere Weise als durch die Generalversammlung zu wählen. Eine statutarische Bestimmung wie im deutschen Recht verstößt jedenfalls direkt gegen die Vorschrift von OR 698. In der Literatur ist man in diesem Punkte nicht einig[24] und ein bundesgerichtlicher Entscheid fehlt. Die Frage hat sich im schweizerischen Recht bis heute nicht als dringend erwiesen, da bis jetzt Probleme ähnlicher Art noch immer auf dem Wege von Abmachungen zwischen der Gesellschaft und dem an der Entsendung interessierten Aktionär gelöst werden konnten.[25]

Fremd ist dagegen dem Akt.G. das im OR geschützte Entsendungsrecht von Aktionärminderheiten (OR 708 IV).

IV. Die Nationalitätsvorschriften

Der Weltkrieg von 1914—1918 beschwor für die Schweiz erstmals die Gefahr einer wirtschaftlichen Überfremdung herauf. Der neutrale Boden und die sichere Lage schufen einen idealen Zufluchtsort für das ausländische Kapital, und die kriegsbedingte Konjunktur bot alle Aussichten auf Erfolg in Unternehmungen jeglicher Art, wobei die Schweiz als das berufene Transitland für Güter gewisser kriegführender Mächte herhalten mußte.[26] Was lag da näher, als daß fremdes Geld in schweizerischen Werten angelegt oder zur Gründung neuer Unternehmungen weitgehend herangezogen wurde. Die Bedrohung des — den damaligen Verhältnisssen entsprechend — besonders national gerichteten Standpunktes im schweizerischen Wirtschaftsleben war nicht zu verkennen. Diese Gründe veranlaßten den Bundesrat, auf dem Wege der Notverordnung mit der Aktienrechtsnovelle vom 8. Juli 1919 der wachsenden Überfremdungsgefahr entgegenzutreten.[27] Sie

[24] Vgl. näheres bei Kolb 34 ff.
[25] Vgl. Curti III und dort zitiert Wieland.
[26] Vgl. Wettstein 118.
[27] Bericht des Bundesrates BBl. 1919, V. 505 ff.

wurde im Entwurf aufgenommen und im revidierten OR, nicht ohne Bedenken, beibehalten. Die Richtung, die der Gesetzgeber dabei einschlug, war von dem Gedanken getragen, daß der Verwaltungsrat als die pulsierende Kraft in der Gesellschaft schweizerisch sein müsse, soll das Unternehmen seinen nationalen Charakter bewahren können; eine Annahme, die allerdings ihre trügerische Seite nicht verbergen kann und bereits unter der Novelle ihre unangenehme Seite aufgedeckt hat.

Nach OR 711 II muß die Mehrheit der Verwaltungsräte aus Personen bestehen, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizerbürgerrecht besitzen, was auch für die einköpfige Verwaltung gilt. Diese Bestimmung hat aber schon unter der Novelle dem Strohmännertum[28] neuen Vorschub geleistet, da sich wohl immer Schweizerbürger finden lassen, die für gutes Geld unter ihrem Namen auch nichtschweizerische Interessen und Ansichten vertreten, das in der Wirtschaft wie in der Politik.[29] Wo das zutrifft, schlägt der beabsichtigte Zweck gerade in das Gegenteil um. Anstatt der wirtschaftlichen Überfremdung Einhalt zu gebieten und eine klare Situation zu schaffen, wird eine undurchsichtige Lage des betreffenden Unternehmens hervorgerufen. Um dieser unerfreulichen Seite die Spitze zu brechen, aber auch um dem ausländischen Kapital den Weg in die Schweiz nicht zu versperren und die schweizerische Wirtschaftslage empfindlich zu treffen, werden vom Gesetz Ausnahmen bewilligt. Der Bundesrat kann Holdinggesellschaften, die sich mehrheitlich an ausländischen Unternehmen beteiligen, gestatten, von den Nationalitätsvorschriften Umgang zu nehmen (OR 711 II). Das zulässige Minimum besteht in wenigstens einem zur Vertretung der Gesellschaft befugten Mitgliede der Verwaltung mit Wohnsitz in der Schweiz.

Eine wesentliche und wichtige Neuerung gegenüber dem Bundesratsbeschluß bildet die spezielle Sanktion gegen Verletzungen der Nationalitätsvorschriften. Nicht mehr — wie bis anhin — wird

---

[28] Hoffmann 71: Die Erfahrung habe gelehrt, daß die wohlgemeinten Nationalitätsvorschriften der Verordnung vom 8. Juli vielfach durch Strohmänner umgangen werden. Heute sei es dazu gekommen, daß alle schweizerischen Gesellschaften mehr oder weniger suspekt seien, weil man in vielen Fällen ohne Grund ausländische Interessen wittere. Vgl. auch Curti 110.

[29] Vgl. Sten.Bull. St.R. 1931, 563.

die Gesellschaft auf Antrag eines Gläubigers oder Aktionärs auf ihren gesetzmäßigen Zustand geprüft, sondern der Handelsregisterführer hat von sich aus einzuschreiten und nach nutzlosem Ablauf einer Frist die Gesellschaft von Amtes wegen als aufgelöst zu erklären (OR 711 IV). Die Vorteile der Wohnsitzbestimmungen in den Nationalitätsvorschriften sind unbestreitbar, kann doch ein in der Schweiz wohnhaftes Verwaltungsratsmitglied aus der Verantwortlichkeit, mit Rücksicht auf den Gerichtsstand, leicht belangt werden.

Das deutsche Aktiengesetz hat keine Vorschriften über die Nationalität der Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder aufgestellt. Von einer Bedrohung der nationalen Interessen, wie sie im Schutze des Versailler Vertrages und unter der Inflation akut war, kann heute nicht mehr die Rede sein.[30] Das damals angewandte Abwehrmittel bestand vornehmlich in einem Selbstschutz der Gesellschaft durch Schaffung der Stimmrechtsvorzugsaktie.[31] Der Satzung steht es jedoch heute frei, Vorschriften über die Reichsangehörigkeit für die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aufzustellen.[32]

§ 3. *Innere Organisation und Geschäftsordnung*

I. Allgemeines

1. Die Einberufung

Das OR erachtet es als Aufgabe der Statuten, die Einberufung des Verwaltungsrates näher zu normieren. Es begnügt sich festzustellen, daß jedes Mitglied schriftlich die Einberufung einer Sitzung

[30] Vgl. Jung 2 ff.

[31] Vgl. Jung 14 ff.

[32] Vgl. Schl.Qu. § 88 N. 4. — Satz. d. Siemens & Halske AG., Berlin, § 10: Zwei Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrates müssen die Reichsangehörigkeit besitzen. Eine Wahl in den Aufsichtsrat ist ungültig, wenn der Eintritt des Gewählten diesen Grundsatz verletzen würde. Der Verlust der Reichsangehörigkeit hat die Beendigung der Amtsdauer zur Folge, wenn das Verbleiben des Mitglieds, das diese Angehörigkeit verloren hat, im Aufsichtsrat dem obigen Grundsatz zuwiderlaufen würde.

Vgl. Satz. d. Daimler-Benz AG., Stuttgart, § 8 für den Aufsichtsrat und § 5 für den Vorstand.

verlangen kann (OR 713 II). Da wo dringende Geschäftsführungsakte seine Stellungnahme erheischen, soll der Verwaltungsrat auch jederzeit erreichbar sein. In der Regel erfolgt die Einberufung durch den Präsidenten des Verwaltungsrates oder durch das ihn vertretende Mitglied (Vizepräsident), so oft es die Geschäfte erfordern. Ist in den Statuten als weiteres Organ eine Direktion angeführt, so steht neben dem Verwaltungsratsmitglied meistens auch ihr das Einberufungsrecht zu. Eine Mindestzahl von Sitzungen im Jahr kann ebenfalls vorgeschrieben werden.[1]

Nach dem Akt.G. hat jedes Aufsichtsratsmitglied sowie der Vorstand die Möglichkeit, den Aufsichtsrat unter Angabe des Zwecks und der Gründe einberufen zu lassen (Akt.G. 94 I). Das bedeutet eine Änderung gegenüber dem HGB, das dem Vorstand das Einberufungsrecht nicht ausdrücklich eingeräumt hatte.[2] Diese Änderung läßt sich leicht erklären aus der erheblich verstärkten Stellung des Vorstandes im neuen deutschen Aktienrecht. Dem Begehren auf Einberufung hat der Vorsitzende des Aufsichtsrates unverzüglich nachzukommen. Binnen zwei Wochen der Einberufung muß die Sitzung stattfinden. Dem Verlangen auf Einberufung durch ein einziges Mitglied hat der Aufsichtsratsvorsitzer nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen Folge zu leisten. Weigert er sich aber noch, wenn zwei Mitglieder oder der Vorstand den Antrag stellen, so dürfen sie zur Selbsthilfe greifen. Unter Mitteilung des Sachverhaltes können sie selbst den Aufsichtsrat berufen. Wird Mißbrauch getrieben mit der Einberufung, so werden die verantwortlichen Personen für den verursachten Schaden ersatzpflichtig (Akt.G. 84, 99).

Über die Art der Einberufung enthält weder das schweizerische noch das deutsche Recht eine Bestimmung. Statuten und Satzungen entscheiden darüber. Mit der Einberufung ist den Mitgliedern gleichzeitig eine Tagesordnung zu übermitteln, damit sie sich über die zur Verhandlung kommenden Geschäfte orientieren können. Der Sitzungstag ist so anzusetzen, daß die nötige Zeit zu allfälligen Vorbereitungen gewahrt bleibt. Die telegraphische, ja sogar die

---

[1] Vgl. Stat. d. Vita AG., Zürich, § 21.
[2] Vgl. HGB 244.

telephonische Einberufung wird in dringenden Fällen von der Praxis anerkannt.[3]

2. *Die Beschlußfassung und die Kompetenz des Verwaltungsrates*

Wie und wann der Verwaltungsrat beschlußfähig ist, sagen die Statuten. Die notwendige Mindestzahl an Mitgliedern, die eine Beschlußfassung ermöglicht, ist sehr verschieden. Die Zahl schwankt normalerweise zwischen ½ bis ⅔ sämtlicher Mitglieder, doch läßt sich damit keine bindende Regel aufstellen, auch die Quote $^5/_7$ tritt auf.[4] Die Beschlußfassung erfolgt bald mit dem absoluten Mehr, bald mit einfacher Stimmenmehrheit der Anwesenden. Bei Stimmengleichheit hat gewöhnlich der Vorsitzende den Stichentscheid. Eine Ausnahme hievon wird etwa bei Wahlen gemacht, wo das Los entscheidet.

Wie oben (unter 1.) bereits erwähnt wurde, kann in dringenden Fällen der Verwaltungsrat telegraphisch einberufen werden. Doch wird auch dieser Ausweg nicht immer zum Ziel führen, sei es, daß einzelne Mitglieder in anderen Angelegenheiten beschäftigt und unabkömmlich sind, sei es, daß ihr rechtzeitiges Erscheinen durch einen langen Reiseweg verunmöglicht wird. In solchen Fällen, aber auch aus ökonomischen Erwägungen, erlauben die Statuten, daß die Abstimmung über Beschlüsse des Verwaltungsrates schriftlich oder telegraphisch geschehen könne. Die Möglichkeit, auf dem Zirkulationsweg Beschlüsse zu fassen, können die Statuten an die Zustimmung der Mitglieder des Verwaltungsrates knüpfen.[5] Bei Unternehmen mit einem großen Beamtenstab, wie Transportgesellschaften, wird auch im Statut vorgesehen, die Beamten mit beratender Stimme an den Sitzungen teilnehmen zu lassen.[6] Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmen, die auf die breiten Massen angewiesen sind, laufen dadurch weniger Gefahr, den Wünschen des Publikums nicht gerecht zu werden. Die Beamten, an die von der Kundschaft die Begehren gerichtet werden, können mit ihren Vor-

---

[3] Vgl. Schl.Qu. § 94 N. 6. Satz. d. Siemens & Halske, § 13: ... die Einberufung kann schriftlich, fernmündlich oder telegraphisch erfolgen.

[4] Vgl. Stat. d. v. Roll'schen Eisenwerke AG., Niedergerlafingen, § 16.

[5] Vgl. Stat. d. Internat. Stuag AG., Zürich, § 19, Vita § 21.

[6] Vgl. Stat. d. Zürcher Dampfboot AG., § 22.

schlägen und Anregungen wesentlich zur Prosperität des Unternehmens beitragen.

Im deutschen Aktienrecht sind wie im schweizerischen die Satzungen maßgebend, wobei aber das Gesetz es nicht für das Wohl der Gesellschaft erachtet, wenn außenstehende Dritte an den Sitzungen des Aufsichtsrates teilnehmen. Dagegen dürfen Sachverständige und Auskunftspersonen zur Beratung über einzelne Gegenstände zugezogen werden (Akt.G. 93 I).[7]

Über das, was der Verwaltungsrat zu beschließen hat, äußert sich das schweizerische Gesetz entsprechend dem Prinzip, auch im Innern der Gesellschaft größtmögliche Freiheit zu gewähren, nur in knappen Zügen. OR 721 II stellt lediglich fest, daß der Verwaltungsrat über alle Angelegenheiten Beschluß fassen kann, die nicht in die Kompetenz der Generalversammlung fallen oder anderen Organen der Gesellschaft übertragen sind. Immerhin ist die im Gesetz statuierte Pflichtliste des Verwaltungsrates zu beobachten (OR 722), und nur innerhalb dieses weit genug gespannten Rahmens dürfen Statuten, Reglemente und Beschlüsse der Generalversammlung ihre weiteren Anordnungen treffen. So wäre es, nebenbei bemerkt, rechtlich nicht gestattet, wollte die Generalversammlung auch über Vorkommnisse in der Geschäftsführung beschließen, die statutarisch dem Verwaltungsrat zugewiesen sind.[8]

Es sei hier nur auf einige Aufgaben und Befugnisse des Verwaltungsrates hingewiesen, wie sie in Gesetz und Statuten etwa erwähnt werden. Von einer eingehenden Aufzählung wird abgesehen, da die Art und der Zweck der Gesellschaft den Verwaltungsrat neben den allgemeinen jeweilen noch mit den dem Unternehmen eigenen Geschäften betraut. Zudem macht sich die Tendenz bemerkbar, den Inhalt möglichst auf die vom Gesetz verlangten Angaben zu beschränken. Die Kompetenzen des Verwaltungsrates werden sodann größtenteils in einem Reglement festgelegt. Der damit verfolgte Zweck ist doppelter Natur. Erweisen sich Änderungen in den Befugnissen des Verwaltungsrates als notwendig, so lassen sie sich im Geschäftsreglement leicht anbringen,

---

[7] Vgl. Amtl.Begr. zu § 93. Nach Schl.Qu. soll die mißbräuchliche Herbeiziehung eines Beirats dadurch vermieden werden (§ 93 N. 2).

[8] Vgl. BGE 20, 952.

wogegen die Abänderung der Statuten — und die damit verbundene Anzeige an das Handelsregisteramt — jeweilen mit großem Aufwand (Einberufung der Generalversammlung) verbunden ist. Gleichzeitig, und was maßgebend sein dürfte, wird die Bewegungsfreiheit des Verwaltungsrates nicht in engen Grenzen gehalten, so daß seine Anpassungsfähigkeit auch bei größeren Veränderungen gewahrt bleibt.

Durchwegs gilt der Verwaltungsrat als oberste geschäftsleitende Behörde, die mit Kompetenzen folgender Art ausgestattet ist:

Überwachung der Geschäftsführung und Erteilung von Anweisungen für die Geschäftstätigkeit;

Wahl und Entlassung der Direktion, wo eine solche vorgesehen ist, Erteilung der Unterschriftsberechtigung für die Gesellschaft;

Einberufung und Vorbereitung der Generalversammlung, die Antragstellung über die von ihr zu behandelnden Geschäfte;

Erstattung des Geschäftsberichtes und der Jahresrechnung, Aufstellung von Geschäftsreglementen;

Führung der Protokolle.

Dabei zeigt sich heute deutlich die Tendenz, in den Statuten die Pflichten des Verwaltungsrates im wesentlichen nicht näher zu umschreiben, als es bereits in OR 722 geschieht.

Erheblich einfacher sind die Verhältnisse beim Aufsichtsrat. In seiner Bedeutung für die Geschäftsführung hat ihn das Akt.G. zu einer Schattenfigur herabgedrückt. Er soll vor allem nur noch überwachende Tätigkeit ausüben (Akt.G. 95), wie in § 7 I näher dargelegt werden soll. Wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert, hat er eine Hauptversammlung einzuberufen. Für bestimmte Arten von Geschäften kann er sich seine Zustimmung vorbehalten. Dies ermöglicht es dem Aufsichtsrat, seinen Einfluß auf die Geschäftsführung zu wahren.

3. *Die Stellvertretung*

Wegen der vorübergehenden Verhinderung eines Mitgliedes, an der Verwaltungsratssitzung teilzunehmen, muß diese dennoch abgehalten werden können. Es geht nicht an, mit Rücksicht auf die übrigen Personen und wegen der eventuellen Dringlichkeit der

Geschäfte, die anberaumte und sorgfältig vorbereitete Sitzung zu verschieben. Anderseits ist zu berücksichtigen, daß gerade Mitglieder, deren Meinung und Stimme von ausschlaggebender Bedeutung sind, ihre Teilnahme oft absagen müssen. Um allen Forderungen gerecht zu werden, haben die neueren Statuten vom gegenseitigen Vertretungsrecht der Mitglieder des Verwaltungsrates Gebrauch gemacht. Die Zulässigkeit dieser Bestimmung, die in der älteren Literatur noch als fraglich gilt, ist somit außer Zweifel.[9] Die Vertretung durch Dritte wird nicht erwähnt und dürfte auch nicht vorgesehen sein, trotzdem läßt sich bei Zustimmung der übrigen Verwaltungsratsmitglieder dagegen kaum ein Einwand erheben.[10] Als Ausweis für die Vertretungsberechtigung verlangen die von uns durchgesehenen Statuten meistens schriftliche Vollmacht. Für mehr als ein Mitglied die Vertretung zu führen, ist regelmäßig nicht gestattet, und allfällige Hoffnungen, mit mehreren Stimmen den Gang der Sitzung zu beeinflussen, sind zum vornherein vereitelt. Nicht selten wählt die Generalversammlung Stellvertreter für den Fall der Verhinderung von Verwaltungsratsmitgliedern.[11]

Die Regelung im deutschen Recht unterscheidet sich von der schweizerischen Einrichtung hauptsächlich dadurch, daß die Vertretung der Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich normiert ist. Akt.G. 93 III erlaubt den Satzungen, daß an den Sitzungen des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse Personen, auch wenn sie dem Aufsichtsrat nicht angehören, an Stelle von Aufsichtsratsmitgliedern teilnehmen können. Die Satzung kann die Teilnahme durch Dritte auf bestimmte Mitglieder beschränken oder von ihnen bestimmte Eigenschaften verlangen.[12]

In einem Punkt weicht das Akt.G. erheblich vom OR ab, nämlich mit der Vorschrift, daß die Vertreter der Aufsichtsratsmitglie-

---

[9] Vgl. Wolfers 60.

[10] Entgegen der Auffassung von Wolfers, 60 Anm., ist es nicht gesetzwidrig und kommt in der Praxis auch vor, daß sich ein Verwaltungsrat schlechthin in den Sitzungen durch ein anderes Mitglied vertreten läßt, da es sich gerade bei größeren Interessengruppen darum handelt, weniger durch eine bestimmte Person, als überhaupt vertreten zu sein.

[11] Vgl. Bachmann OR 649 N. 3, Waldkirch 661.

[12] Vgl. Baumbach, § 93 N. 3.

der schriftliche Stimmabgabe nur überreichen können.[13] Sie sollen nicht, wie im schweizerischen Recht, kraft ihrer Vollmacht für den Vertretenen stimmen, da die Aufsichtsratsmitglieder ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen können (Akt.G. 95 VI). Der Einfluß des Bevollmächtigten wie des Vertretenen auf die Sitzung wird durch diese Bestimmung derart gekürzt, daß sich die Praxis nach einem Ausweg umsah und ihn auch in der Erteilung von Blankounterschriften gefunden hat.[14]

Für den Vorsitzer des Aufsichtsrates und seinen Stellvertreter gelten diese Vorschriften nicht, sie dürfen sich überhaupt nicht vertreten lassen.

4. Die Kumulation von Verwaltungsratsstellen

Wirtschaftliche Interessen, die von einem Unternehmen in das andere übergreifen, werden durch Erteilung von Verwaltungs- bzw. Aufsichtsratssitzen gewahrt. So entsenden große Gesellschaften ihre Verwaltungsratsmitglieder in den Verwaltungsrat der unter ihrem Einfluß stehenden Unternehmen und sichern sich damit ein erhebliches Gewicht auf die Leitung der Geschäfte sowie eine zuverlässige Orientierung über den Stand des Unternehmens. Begreiflicherweise werden Männer mit großer wirtschaftlicher Erfahrung mit Vorliebe in den Verwaltungsrat mehrerer Gesellschaften gewählt. Wiederum andere Unternehmen verteilen aus geschäftspolitischen Gründen Verwaltungsratsposten an Personen, die in der Industrie, Politik oder Wissenschaft eine bedeutende Rolle spielen. Bestehende geschäftliche Beziehungen sollen weiter ausgebaut, neue angeknüpft werden. Deshalb ist die Vereinigung von zehn und mehr Verwaltungsratssitzen in einer Person keine Seltenheit.[15] Die Gefahr dieser Kumulierung ist nicht zu verkennen. Die vielseitige Inanspruchnahme von ein- und demselben Verwaltungsratsmitglied ermöglicht ihm nie, an allen Sitzungen teilzunehmen oder sich auch nur zu orientieren, was vorgeht; Bevollmächtigte mögen eventuell an seiner Stelle handeln. Das Verwaltungsratsmitglied entwächst

---

[13] Gadow § 93 Anm. 8 gibt ihm deshalb die Rechtstellung eines Boten, a.M. Schl.Qu. N. 8, ohne dafür einen triftigen Grund anzugeben.

[14] Vgl. Ritter § 93 N. 4, a.M. Schl.Qu. N. 8.

[15] Vgl. Jaißle 61 ff.

seiner Aufgabe und wird nur noch zu einem Namen auf dem Papier.

Dieser unerfreulichen Seite in der Praxis im Verwaltungs- und Aufsichtsrat tritt das deutsche Akt.G. mit einer Beschränkung der Zahl von Aufsichtsratsposten für die gleiche Person entgegen. Akt.G. 86 II verbietet, Aufsichtsratsmitglied in mehr als zehn AG oder Kommanditaktiengesellschaften zu sein. Obschon anerkannt wird, daß neben seinen gesetzlichen Aufgaben die Bedeutung des Aufsichtsrates in der Erhaltung geschäftlicher Beziehungen und Verbindungen besteht,[16] soll dieselbe Person nicht mehr Posten einnehmen als sie tatsächlich verwalten kann. Das schließt nicht aus, daß sich jemand in den Aufsichtsrat von mehr als zehn AG wählen läßt, nimmt er aber die Wahl an, so muß er entsprechend viele alte Aufsichtsratssitze niederlegen, bis die gesetzliche Höchstzahl nicht mehr überschritten ist.[17] Nach der herrschenden Meinung in der Literatur zählen sonderbarerweise Aufsichtsratssitze in ausländischen Unternehmen nicht, ebensowenig die von GmbH. oder Genossenschaften.[18]

Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften können die beteiligten Minister in Verbindung mit dem Reichsminister der Justiz erlassen, wenn er zur Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange des Reiches, von Ländern, Gemeindeverbänden oder Gemeinden oder Wirtschaftsunternehmen nötig erscheint (Akt.G. 86 II, vgl. auch Durch.VO. zum Akt.G. § 18).

II. Der Präsident des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat hat einen Präsidenten zu ernennen (OR 714 I),[19] der nach den gesetzlichen Vorschriften die Sitzungen ein-

---

[16] Vgl. Baumbach § 86 N. 2.

[17] Vgl. Schl.Qu. § 86 N. 20.

[18] Vgl. God.Wilh. § 86 N. 7, Schl.Qu. N. 17, Baumbach N. 3 b, Ritter N. 6, Gadow Anm. 8.

[19] Die Frage, ob Generalversammlung oder Verwaltungsrat wahlberechtigt sind, hat damit das revidierte OR gelöst. Vgl. dazu Schneider in Schw.AG. 1937/38, 190 ff., wonach die gesetzliche Vorschrift nur einzugreifen hat, wenn die Statuten über die Wahlkompetenz schweigen, somit die Wahl also auch durch die Generalversammlung denkbar ist.

zuberufen (OR 713 II), sowie die Protokolle (OR 715 I) und die Anmeldungen ins Handelsregister (HRVO 22 II) mit seiner Unterschrift zu versehen hat. Die vom Gesetz dem Verwaltungsratspräsidenten zuerteilten Befugnisse sind recht bescheidener Natur und entsprechen seiner tatsächlichen Stellung keineswegs. In vielen Fällen können wir ihn als den führenden Kopf des Unternehmens bezeichnen. Es ist einer der Vorzüge im schweizerischen Recht, der AG die Möglichkeit zu geben, in ihrem eigenen Interesse fähigen Personen eine Stellung einzuräumen, die weit über die gesetzliche Normierung hinausgeht, ohne selbst gegen das Gesetz zu verstoßen. Kurze Amtsdauer, aber stete Wiederwählbarkeit ermöglichen es, den fähigsten Mann herauszufinden und zu halten. Das den Verwaltungsratsmitgliedern ausgesprochene Vertrauen gilt für ihn in besonders hohem Maße. Er kann für die Geschäftsführung im Namen des Verwaltungsrates bindende Anweisungen erteilen.[20] Sein rasches Entschließen und Handeln kann die Gesellschaft vor größerem Schaden bewahren. Die Reglemente können vorsehen, daß gewisse Geschäfte nur mit seiner Unterzeichnung zum Abschluß gelangen. In dringenden Fällen, in denen die Zeit es nicht erlaubt, eine Verwaltungsratssitzung einzuberufen, wird sich die Direktion gleich an ihn wenden und er wird für die nötigen Anordnungen sorgen, wobei sich seine Stellung nicht sehr von der eines Verwaltungsratsdelegierten unterscheidet. Dem Verwaltungsrat nimmt er dadurch einen Teil seiner Schwerfälligkeit. Da er in ständiger Fühlung mit der Geschäftsleitung steht, ist er die geeignete Persönlichkeit für ihre Überwachung. Als einzelner wird er dieses Amt meist viel sorgfältiger ausüben, als es ein Kollegium tun würde.[21] Wo Delegierte für die Geschäftsführung bestellt worden sind, hat er auch über sie die Kontrolle auszuüben.[22] Ein umsichtiger fähiger Verwaltungsratspräsident wird einen wesentlichen Teil zum Gedeihen der Gesellschaft beitragen.

Entsprechend der Stellung des Aufsichtsrates im allgemeinen reicht, wenigstens formell, die Bedeutung seines Vorsitzers bei

---

[20] So vertritt der Verwaltungsratspräsident die Gesellschaft nach außen in den Stat. d. Straßenbahn Aarau-Schöftland AG., Art. 32.

[21] Vgl. Wolfers 62.

[22] Vgl. v. Steiger, Der Verwaltungsrat und sein Präsident, in Schw.AG. 1939/40, 53.

weitem nicht an diejenige des Verwaltungsratspräsidenten heran. Auch er wird durch den Aufsichtsrat aus seiner Mitte gewählt (Akt.G. 92 I), durch ihn wird der Aufsichtsrat einberufen (Akt.G. 94 I), die Niederschrift über die Sitzungen hat er zu unterzeichnen (Akt.G. 92 II). Die Anmeldung der Wahl des Vorsitzenden und seines Stellvertreters[23] an das Handelsregisteramt erfolgt nicht durch ihn selbst, sondern durch den Vorstand (Akt.G. 92 I). Dieser Anmeldung hat kein Eintrag zu folgen, da sie lediglich orientierenden Zweck für das Registergericht hat.[24] Entscheidende Befugnisse oder gar die Stellung des Vorsitzers des Vorstandes räumt ihm das Gesetz bewußt nicht ein,[25] er soll nicht als Verwaltungsträger der Gesellschaft auftreten und seine Erklärungen haben nach außen keine rechtliche Bedeutung, sofern sie nicht den vom Aufsichtsrat gefaßten Beschlüssen entsprechen oder vom Aufsichtsrat nachträglich genehmigt werden,[26] er soll nur «der erste unter gleichen sein».[27]

III. Der Ausschuß des Verwaltungsrates

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit kann der Verwaltungs- wie der Aufsichtsrat aus seiner Mitte Ausschüsse bestellen (OR 714 II, Akt.G. 92 IV). Durch Vorbereitung der in den Sitzungen zur Abwicklung kommenden Geschäfte bilden sie ein gewichtiges Moment für die erfolgreiche Tätigkeit des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrates. Um ihre Bedeutung noch zu unterstreichen, erteilen ihnen einige Statuten ausdrücklich Organgewalt.[28] Im allgemeinen darf der Ausschuß als der aktive Geist des Verwaltungsrates gelten. Große Unternehmen verteilen die vom Verwaltungsrat als einziges

---

[23] Vgl. Satz. d. Mez AG., Freiburg, § 19: Der Aufsichtsrat kann auch einen zweiten stellvertretenden Vorsitzer bestimmen. — Im schweizerischen Recht vertritt gewöhnlich das älteste Verwaltungsratsmitglied den Präsidenten, wenn nichts anderes bestimmt ist.

[24] Vgl. Schl.Qu. § 92 N. 7.

[25] Zur Ablehnung des Stichentscheides des Aufsichtsratsvorsitzers vgl. v. Godin in Soz.Pr. 49, 177 ff. Vgl. Amtl.Begr. zu § 92.

[26] So Schl.Qu. § 92 N. 8, a.M. Ritter N. 3 a.

[27] Baumbach § 92 N. 7.

[28] Vgl. Stat. d. Aare- und Emmenkanals AG., Art. 5, Winterthurer Lebensversicherungs-AG., § 22, u. a.

Kollegium nicht zu bewältigende Arbeit an mehrere Ausschüsse und erreichen damit eine bessere Verwendung der Kenntnisse und Erfahrungen der beauftragten Mitglieder.[29] OR 714 II deutet auf den Ausschuß als auf eine Behörde mehr überwachender Art mit der Berichterstattungspflicht über wichtige Fragen, wie die Aufstellung der Bilanz und der Pflicht zur Kontrolle über die Ausführung der Beschlüsse des Verwaltungsrates. In der Praxis erweist sich aber der Ausschuß als vorzügliches Instrument, einen großen, unbeweglichen Verwaltungsrat für seine Aufgaben schlagkräftig zu erhalten.[30] Über seine Organisation bestimmen die Statuten, der Verwaltungsrat oder der Ausschuß selbst.[31] Seine Kompetenzen erteilen ihm die Statuten oder ein Reglement.

Für den Ausschuß des Aufsichtsrates gilt im allgemeinen dasselbe. Auch ihm können entscheidende Befugnisse des Aufsichtsrates übertragen werden. Doch kann er, so wenig wie im schweizerischen Recht, den Aufsichtsrat von seiner Verantwortung befreien.[32] Die Mitglieder haben gegenseitig sich und die Geschäftsführung zu überwachen.[33]

IV. Die Delegation

Mit der Hebung des Präsidenten in eine mit besonderen Machtmitteln ausgestattete Vorrangstellung und mit der Erteilung gewisser Verwaltungsaufgaben an Ausschüsse, hat der Verwaltungsrat die Möglichkeit, sein Arbeitsfeld den Verhältnissen entsprechend zu organisieren, noch nicht erschöpft. Statuten und Reglemente machen von der Norm des OR 717 II vielfach Gebrauch, wonach die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat ermächtigt sind, die Geschäftsführung oder andere Funktionen des Verwaltungsrates an einzelne seiner Mitglieder, sogenannte Delegierte, zu übertragen. Die wichtige Stellung des Delegierten beansprucht

---

[29] Vgl. Jaißle 89.

[30] Wolfers 44: Der Verwaltungsrat soll aber nicht bloß zu einem blinden Werkzeug und unnützen Ballast des aktivtätigen Ausschusses werden.

[31] Stat. d. Linoleum AG., Giubiasco, Art. 24: Dem Ausschuß können auch Sachverständige angehören, die nicht Mitglieder des Verwaltungsrates sind.

[32] Vgl. Ritter § 92 N. 6, Baumbach N. 4.

[33] Vgl. Baumbach § 92 N. 4.

gewöhnlich seine ganze Arbeitskraft für den Dienst des Unternehmens und nötigt ihn, einen Anstellungsvertrag mit fixer Besoldung einzugehen.[34] Deshalb kann er rechtlich in einer eigenartigen Doppelstellung zur Gesellschaft stehen. In seiner Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglied handelt er als Mandatar, als Angestellter des Unternehmens verpflichtet er sich gleichzeitig aus Dienstvertrag. Dem dienstvertraglichen Verhältnis ist aber nur untergeordnete Aufmerksamkeit beizumessen, denn seine bedeutenden Rechte und Pflichten entspringen der Stellung, die er als ein mit außerordentlichen Vollmachten versehenes Mitglied des Verwaltungsrates einnimmt.[35] Wie der Ausschuß übernimmt er für den Verwaltungsrat einen Teil seiner Aufgaben, die dieser als Kollegialbehörde nicht zufriedenstellend lösen könnte. Das will nicht heißen, daß die Delegierten überhaupt sämtliche Funktionen des Verwaltungsrates ausüben dürfen oder sollen,[36] das widerspräche dem Wortlaut des Gesetzes, das von der Geschäftsführung oder einzelnen Zweigen derselben, die an Delegierte übertragen werden dürfen, spricht. Dabei muß allerdings festgehalten werden, daß der Begriff Geschäftsführung sehr umfassend ist. Auch aus Sicherheitsgründen gegenüber der Gesellschaft ist die Übertragung sämtlicher Befugnisse des Verwaltungsrates auf einzelne Mitglieder abzulehnen. Sollte ein einziger an ihrer Stelle handeln, würde es geradezu dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, der, demokratischen Grundsätzen gehorchend, die Geschicke des Unternehmens nur in den Händen mehrerer Personen gesichert sieht. Wo mehrere über denselben Gegenstand beraten, werden Irrtümer eher vermieden, das gilt ebenfalls für die AG.

Trotz obiger Erwägungen ist die Stellung des Delegierten voll und ganz als richtig anzuerkennen, was besonders dann zum Ausdruck kommt, wenn ihm die Statuten das Alleinzeichnungsrecht einräumen.[37] Mit der Übernahme eines Teiles oder der gesamten

---

[34] Stat. d. Brown Boveri & Cie. AG., Baden, § 24: Über die Entschädigung der zur Geschäftsführung speziell delegierten Mitglieder des Verwaltungsrates werden besondere Verträge abgeschlossen.

[35] Das Nichtbestehen eines zweiten Vertragsverhältnisses des Delegierten zur Gesellschaft, als Unterschied zum Direktor, wie Wolfers 54 meint, ist m. E. nicht maßgebend.

[36] Vgl. Wolfers 55.

[37] Vgl. Stat. d. Bally, § 16.

Geschäftsführung ergänzt er in vorzüglicher Weise den als Gesamtkollegium dazu ungeeigneten Verwaltungsrat. Die Statuten können sich aber auch darauf beschränken, ihn in erster Linie als ständiges Überwachungsorgan über die Geschäftsführung zu setzen. In dieser Eigenschaft trägt er weitgehend zur Entlastung des Verwaltungsratspräsidenten bei, der jedoch über ihn, den Abgeordneten des Verwaltungsrates, die Kontrolle ausübt.[38]

Es bleibt noch das Verhältnis von Delegiertem und Direktor festzulegen. Praktisch werden oft keine Unterschiede wahrzunehmen sein. Wo der Delegierte die Geschäftsführung ausübt, wird er sich nach außen kaum erheblich von der Stellung eines Direktors abheben. Intern hat er den Vorzug der Verwaltungsratseigenschaft gegenüber dem Direktor, der nicht einmal Aktionär zu sein braucht. Tatsächlich kann aber auch dieses Unterscheidungsmerkmal dahinfallen, wenn der Direktor in den Verwaltungsrat gewählt wird. Es kommt also weniger auf den Wortlaut des Gesetzes als auf den Willen des Verwaltungsrates an, welche Stellung er seinen Mitgliedern zuerkennt. Im täglichen Leben wird der Delegierte vielfach mit Direktor oder Generaldirektor angeredet, da es ein Titel von gesellschaftlichem Klang ist.

Während eine Verteilung der Geschäfte unter die Aufsichtsratsmitglieder zulässig ist,[39] kennt das Akt.G. die Übertragung entscheidender Befugnisse an einzelne von ihnen nicht.[40]

V. Das Protokoll

Der Verwaltungs- und Aufsichtsrat sind gehalten, über ihre Verhandlungen und Beschlüsse ein Protokoll aufzunehmen (OR 715 I, Akt.G. 92 II). Die Statuten können die Pflicht zur Führung eines Protokolls auch für den Ausschuß des Verwaltungsrates vorschreiben. Bei kleinen Gesellschaften mit einer Verwaltung, die aus einem Mitglied besteht, kann man schwerlich von «Verhandlun-

---

[38] Vgl. v. Steiger, Der Verwaltungsrat und sein Präsident, in Schw.AG. 1939/40, 53.
[39] Vgl. Baumbach § 92 N. 4.
[40] Vgl. Amtl.Begr. zu § 92.

gen» und «Beschlüssen» sprechen.[41] Trotzdem verlangt das Gesetz, daß auch eine einzige Person ein Protokoll zu führen hat (OR 715 II). Darunter dürfte wohl zu verstehen sein, daß ein einköpfiger Verwaltungsrat, mit Hinsicht auf die große Verantwortung, die auf ihm lastet, seine Erwägungen und Gründe, die zu seinen Entschlüssen führten, schriftlich niederlegt. Er verschafft sich dadurch für die Déchargeerteilung (durch die Generalversammlung) eine zuverlässige Unterlage, um sich von eventuellen ungerechtfertigten Vorwürfen befreien zu können. In das Protokoll sind ebenfalls Beschlüsse des Verwaltungsrates aufzunehmen, die auf dem Zirkulationswege gefaßt wurden (OR 716).

Das Protokoll oder die Niederschrift, wie sich das deutsche Gesetz ausdrückt (Akt.G. 92 II), enthält die Angaben von Ort, Datum und Zeit, die Traktandenliste und die Namen der anwesenden Mitglieder. In chronologischer Reihenfolge gibt es Aufschluß über die Art und den Inhalt der vorgetragenen Meinungen und Vorschläge.[42] Eine diesbezügliche Vorschrift, wie sie für das Protokoll der Generalversammlung aufgestellt ist, fehlt. Unter dem Ausdruck «Verhandlungen» des Verwaltungsrates sind aber ohne weiteres auch Erklärungen seiner Mitglieder zu verstehen. Selbstverständlich ist auch ein etwaiger Widerspruch gegen eine Beschlußfassung in das Protokoll aufzunehmen und darf bei Verweigerung, wenn nötig, gerichtlich festgestellt werden.[43]

Die Pflicht des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrates, ein Protokoll zu führen, ist lediglich eine Ordnungsvorschrift und wurde erst im revidierten OR und im Akt.G. gesetzlich verankert. Seine Beweiskraft ist keine gesetzliche und hat nur den Wert einer Privaturkunde,[44] die Bedeutung wie den Handelsbüchern kommt ihm also nicht zu.

Den Protokollführer ernennen die Statuten. Regelmäßig wird die Mitgliedschaft zum Verwaltungsrat nicht als notwendige Voraussetzung erachtet, oft sind es unbeteiligte Dritte, Notare, Treu-

---

[41] Vgl. Guhl II 308.

[42] Auch Erklärungen der Vorstandsmitglieder, die sie im Aufsichtsrat abgeben, müssen unter Umständen zu Protokoll genommen werden. Vgl. Satz. d. Lederwerke Rothe AG., Bad Kreuznach, § 12.

[43] Vgl. Schw.AG. 1937/38, 101.

[44] Vgl. Schl.Qu. § 92 N. 13, Welti 25.

händer. Unzweckmäßig ist es, obwohl es einmal gebräuchlich war,[45] den Direktor damit zu beauftragen, da er meistens mit beratender Stimme zu ständiger Auskunft bereit sein muß und bei Entlastung seiner Tätigkeit sogar die Sitzung zu verlassen haben wird.

Der Präsident hat außer dem Protokollführer auch noch seine Unterschrift beizufügen. Dem Verwaltungsrat obliegt ebenfalls die Pflicht, für eine ordnungsgemäße Führung des Protokolls der Generalversammlung besorgt zu sein (OR 702 II).

§ 4. Pflichten und Rechte

I. Die Hinterlegung von Aktien

Verbunden mit der Annahme der Wahl in den Verwaltungsrat ist die Pflicht zur Hinterlegung von Aktien am Gesellschaftssitz,[1] wobei es den Statuten überlassen bleibt, die entsprechende Anzahl festzusetzen (OR 709 I). Während unter der Herrschaft des a.OR. in der Literatur noch ein Rätselraten[2] herrscht über den eigentlichen Zweck dieser Vorschrift, hat sich der Gesetzgeber bei der Revision wenigstens zu einer Festlegung bekannt, indem er in OR 710 I über die hinterlegten Aktien sagt:

> Sie dienen der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern als Pfand zur Sicherung ihrer Ansprüche aus der Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung.

Das schließt nicht aus, daß sie gleichzeitig dem in OR 707 I statuierten Aktionärerfordernis zum Durchbruch verhelfen, ebensowenig, daß das Interesse des Verwaltungsrates am Unternehmen mit der Zahl der von ihm hinterlegten Aktien wachsen wird. Es soll hier versucht werden, darzulegen, wie wenig die Pflichtaktien geeignet sind zur Deckung von Ansprüchen, die dem Verwaltungs-

---

[45] Vgl. Pfyffer 69, 78.

[1] Über den Ort der Hinterlegung vgl. Huber, Wo müssen die Pflichtaktien hinterlegt werden? in Schw.AG. 1938/39, 216 ff.

[2] Vgl. Ith und dort zitierte. In BGE 24. II. 363 erklärt sich das Bundesgericht gegen die Kautionsnatur der Pflichtaktie, ändert aber die Meinung in BGE 32. II. 763.

rat gegenüber geltend gemacht werden. Beim Durchsehen von Statuten erweist es sich, daß nicht nur die ältern, wo die Zahl zwei noch recht häufig ist, sondern auch die dem revidierten OR angepaßten Statuten,[3] eine Anzahl von Aktien als Hinterlage vorschreiben, deren Gesamtwert in keinem Verhältnis steht zum Aktienkapital, dem Geschäftsumsatz und der Dividendenausschüttung.[4] Es entspräche nur der Billigkeit den Aktionären und Gläubigern gegenüber, würde in einer Norm festgelegt, daß der Wert der zu hinterlegenden Aktien in einem angemessenen Einklang zum Aktienkapital zu stehen habe,[5] denn die Gründer als zukünftige Verwaltungsräte werden sich hüten, eine Vorschrift aufzustellen, die sie verpflichtet, eine bedeutende Summe in Pflichtaktien anzulegen. Ein etwaiger Vorwurf, daß tüchtige, initiative, aber finanziell weniger kräftige Aktionäre dem Verwaltungsrat wegen einer unerschwinglich hohen Hinterlegungssumme nicht beitreten könnten, ist nicht stichhaltig. Das Gesetz erlaubt ausdrücklich, daß mit Zustimmung des Verwaltungsrates die Aktien auch von einem Dritten hinterlegt werden können (OR 709 II). Abgesehen von der Unzulänglichkeit in der Zahl von Pflichtaktien liegt noch eine weitere darin, daß überhaupt Aktien als Pfand zur Sicherung von Ansprüchen herbeigezogen werden.[6] Es wäre viel vernünftiger, an Stelle von Aktien eine entsprechende Geldsumme als Kaution zu verlangen, die, unabhängig vom Kurswert oder vom Stand des Unternehmens, der zugedachten Aufgabe gerecht werden könnte. Dabei sei auch noch einer kurzen Betrachtung unterworfen, wie es mit dem Verhältnis steht von Pflichtaktien zu Aktionärausweis und Mehrinteresse am Gedeih des Unternehmens.

---

[3] Vgl. v. Steiger 31: Was die Vorschrift über den notwendigen Statuteninhalt anbelangt (OR 626), so stimmen sie im großen und ganzen mit dem früheren Recht überein. Das neue Gesetz geht in seinen Anforderungen in dieser Hinsicht eher weniger weit als das bisherige.

[4] i. S. Spar- und Leihkasse in Bern haben die schadenersatzpflichtigen Verwaltungsorgane eine Vergleichssumme von 1 Million Franken angeboten, dem ein Verlust von rund 30 Millionen Franken in Aktienkapital und Gläubigergeldern gegenüberstand. Vgl. NZZ 30. 8. 38 Nr. 1530, 3. 10. 38 Nr. 1737.

[5] In diesem Sinne das italienische Gesetz von 1882, Art. 123. Vgl. Ith 27.

[6] Vgl. Steiner, Von den Sanktionen im Aktienrecht, in Schw.AG. 1939/40, 76. Ein Beispiel vermag am besten zu zeigen, wie ungeeignet diese Bestimmung ist, ihren Zweck zu erfüllen: Jedes Mitglied des zum Beispiel zehnköpfigen Verwaltungsrates hat bei der Gesellschaftskasse 20 Aktien zu deponieren, wobei ein Nominalwert von Fr. 500.— angenommen wird. Durch unglückliche Manipula-

Welch untergeordnete Bedeutung der Vorschrift über die Aktionäreigenschaft für Verwaltungsratsmitglieder zukommt, haben wir bereits an anderer Stelle erwähnt (§ 2 II). Trotzdem sei hier nicht abgestritten, daß die Pflicht zur Hinterlegung von Aktien in diesem Sinne ein wirksames Mittel bedeuten kann, was in der Bestimmung zum Ausdruck kommt, die den Statuten anzuordnen erlaubt, daß die hinterlegten Aktien auf den Namen der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder auszustellen oder zu übertragen sind (OR 709 III). Ob allerdings OR 709 II dieser Ansicht nicht entgegensteht, wenn es die Möglichkeit vorsieht, die Aktien durch Dritte hinterlegen zu lassen, ist fraglich. Wir glauben aber mit der Interpretation von Ith[7] eher das Richtige zu treffen, wenn OR 709 II die Meinung zugrunde gelegt wird, daß Aktionären mit sehr kleiner Aktienbeteiligung, deren Mitgliedschaft aber im Verwaltungsrat als wünschenswert erscheint, durch leihweises Abtreten von Aktien die Wahl ermöglicht wird.

Zweifelsohne wird ein Verwaltungsrat, der aus eigenen Mitteln eine gewisse Anzahl Aktien hinterlegen muß, schon deswegen ein entsprechendes Interesse am Gedeih des Unternehmens bekunden. Vor einer Überschätzung dieser Wirkung sei aber gewarnt. Dagegen wird ohne weiteres einleuchten, daß eine Kaution in bar ihre Sicherheitsfunktion gegenüber Gläubiger, Aktionär wie Verwaltungsrat besser erfüllen mag. Sinkt bei schlechtem Geschäftsgang die Aktie unter ihren Nominalwert, so bleibt die als Sicherheit dienende Hinterlage in Bargeld unverändert erhalten und wird auch vom Verwaltungsrat als nicht ohnehin verloren angesehen.[8]

Da die hinterlegten Aktien aber nach dem Gesetz eine Sicherheitsfunktion erfüllen müssen, ist ihre Unveräußerlichkeit während

---

tionen des Verwaltungsrates gerät das Unternehmen in Schwierigkeiten und muß den Konkurs anmelden. Das Liquidationsergebnis gestattet auf jede Aktie eine Auszahlung von 10 vom Hundert. Von den ursprünglich in Aktien deponierten Fr. 100 000.— schaut dementsprechend noch ein Erlös von Fr. 10 000.— heraus, der an die geschädigten Aktionäre zur Verteilung gelangt (Gläubiger seien ausnahmsweise keine vorhanden). Betrug die Emission 4000 Aktien, so wird den übrigen Aktionären auf jede Aktie, die einst einen Wert von Fr. 500.— aufwies (jetzt noch Fr. 50.—), die wahrhaft geringe Summe von Fr. 2.63 aus der Sicherungshinterlage ausgerichtet. — König 56 behauptet, daß die angestrebte Sicherungsfunktion in neunundneunzig von hundert Fällen nicht erreicht wird.

[7] S. 9.

[8] Vgl. Kolb 18.

der Dauer der Hinterlegung erforderlich (OR 710 I). Scheidet ein Mitglied aus dem Verwaltungsrat aus, dürfen sie bis zu seiner völligen Entlastung nicht zurückgegeben werden (OR 710 III).

Das deutsche Recht hat weder unter der Geltung des HGB noch im neuen Aktiengesetz eine Hinterlegung von Aktien für Aufsichtsrat oder Vorstand vorgeschrieben.

II. Die Sorgfaltspflicht

Die Mandatsnatur, die das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft charakterisiert, ist auch maßgebend für die Umschreibung der Sorgfaltspflicht, die ein Verwaltungsratsmitglied bei Ausübung seiner Funktionen zu beobachten hat. Die in OR 722 aufgestellte Vorschrift spricht allgemein von der Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Leitung der Geschäfte anzuwenden hat und erwähnt einige Fälle, die zu einer sorgfältigen Erfüllung der Pflichten zählen. Welches Maß von Umsicht der Einzelne dabei an den Tag zu legen hat — im römischen Recht ist die Sorgfalt des diligens pater familias, im Akt.G. die eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters richtunggebend — darüber äußert sich das OR nicht. Die Normen über den Auftrag sind entsprechend heranzuziehen. Nach OR 398 II ist der Beauftragte, worunter jedes Verwaltungsratsmitglied zu verstehen ist, gehalten, die ihm übertragenen Geschäfte getreu und sorgfältig auszuführen. Das will also heißen, daß der Beauftragte, bevor er den Auftrag überhaupt annimmt, sich vergewissert, ob er auch den ihm gestellten Anforderungen gewachsen ist. Nur dann, wenn er die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, wird das zutreffen. Zum Begriff der Sorgfalt im Auftragsrecht verweist das Gesetz auf die entsprechende Norm über den Dienstvertrag, die in OR 328 III folgenden Wortlaut hat:

> Das Maß der Sorgfalt, für die der Dienstpflichtige einzustehen hat, bestimmt sich nach dem Vertragsverhältnis, unter Berücksichtigung des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Dienstpflichtigen, die der Dienstherr gekannt hat oder hätte kennen sollen.

Diese Bestimmung ist noch so allgemein gehalten, daß sie, auf die Stellung des Verwaltungsrates bezogen, nur in seltenen Fällen ausreichen mag, eine Pflichtverletzung aufzudecken. Der größere Teil der Befugnisse, für die sich der Verwaltungsrat zu verantworten hat, wird in den Statuten, einem oder mehreren Reglementen seinen Aufgaben entsprechend näher detailliert. Der Verwaltungsrat ist verpflichtet nach OR 397, sich an die Weisungen, die ihm der Auftraggeber für die Besorgung des übertragenen Geschäftes vorschreibt, zu halten.[9]

Die Art der Geschäfte verlangt in der Regel einen gewissen Grad kaufmännischer Bildung. Es kann nicht zum vornherein gesagt werden, welche Fähigkeiten das Verwaltungsratsmitglied aufzuweisen hat. Sie werden bedingt durch die Art des Unternehmens, die Größe und Zusammensetzung des Verwaltungsrates, sowie seine innere Organisation. Ein kleiner Verwaltungsrat, der auch die Geschäftsführung selbst besorgt, wird regelmäßig mehr kaufmännische Kenntnisse von seinen Mitgliedern verlangen als ein großes Kollegium, das einen Teil seiner Befugnisse an Delegierte und Direktoren abgetreten hat. Aber auch dann soll ein Verwaltungsrat sich überlegen, ob er den ihm gestellten Anforderungen gewachsen ist und nicht in blindem Vertrauen auf die Fähigkeiten anderer sein Amt antreten, mag die Tantième noch so verlockend sein und seiner Ehre noch so sehr damit geschmeichelt werden. Es ist unverantwortlich und unentschuldbar, wenn ein bilanzunkundiges Verwaltungsratsmitglied über die Bilanzaufstellung zu bestimmen hat und sie trotz ihrer Unklarheiten als in Ordnung befindet.[10]

Zur Pflicht des Verwaltungsrates gehört aber nicht nur die sorgfältige Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung, sondern auch die Überprüfung auf ihre Zulässigkeit. Deshalb erteilt OR 706 II dem Verwaltungsrat und jedem Aktionär das Recht, gesetz- oder statutenwidrige oder die Gesellschaftsinteressen schädigende Beschlüsse der Generalversammlung beim Richter mit Klage

---

[9] Vgl. Bl.zü.R. 37, 44: Die Verwaltungsratsmitglieder können sich nicht ihrer (strafrechtlichen) Verantwortlichkeit entziehen durch internen Verzicht auf ihre statutengemäßen Befugnisse.

[10] Das war der Fall i. S. Spar- und Leihkasse in Bern.

gegen die Gesellschaft anzufechten.[11] Mit dieser Bestimmung hat der schweizerische Gesetzgeber dem Verwaltungsrat ein Machtmittel in die Hand gegeben, das verhütet, ihn zu einem willenlosen Instrument der Generalversammlung, insbesondere einzelner Aktionärgruppen zu machen.[12]

Für die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrates verweist Akt.G. 99 auf die Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder und verlangt eine sinngemäße Anwendung der für sie geltenden Vorschriften. Nach Akt.G. 84 I haben sich die Vorstandsmitglieder von den Grundsätzen leiten zu lassen, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter anzuwenden pflegt. Ist auch diese Bestimmung noch recht allgemeiner Natur, so ergibt sich doch ein Maßstab für das einzelne Mitglied, wie er im schweizerischen Recht fehlt. Wann ein Vorstandsmitglied in unverantwortlicher Weise gehandelt hat, wird ebenfalls von der ihm zugedachten Aufgabe und von der Art des Unternehmens abhängig sein. Ob die Sorgfaltspflicht des Geschäftsleiters einer Gesellschaft, dem fremdes Kapital anvertraut ist, umfassender ist als die eines bloßen Geschäftsmannes, darüber gehen die Meinungen auseinander.[13]

Eng verbunden mit der Sorgfaltspflicht ist die Schweigepflicht. Trotzdem verlangt Akt.G. 84 I noch ausdrücklich, daß die Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren haben.

Aufsichtsrat wie Vorstand sind verpflichtet, in dringenden Fällen, wo es das Wohl der Gesellschaft erfordert, eine Hauptversammlung einzuberufen (Akt.G. 95 IV). Das gleiche trifft auch für den Verwaltungsrat zu. Da der Aufsichtsrat nicht Geschäftsleiter ist, aber dennoch die Normen auf den Vorstand auf ihn Anwendung finden, äußern sich Schlegelberger-Quassowski fol-

---

[11] Vgl. Enßlin 78, Guhl II 304, BGE 20. 951, 23. 929. Ein pflichtbewußtes Mitglied des Verwaltungsrates wird also immer noch klagen können als Aktionär, wenn sich seine Kollegen nicht zu einer Anfechtung im gesamten entschließen können.

[12] Strengt der Verwaltungsrat einen Prozeß gegen die Gesellschaft an, so kann er sie nicht mehr vertreten. Der Richter wird in diesem Fall einen Vertreter für die Gesellschaft ernennen (OR 706 II). In der Praxis dürfte es nicht zu oft zu einem Prozeß kommen, da Großaktionär und tonangebendes Verwaltungsratsmitglied nur allzuoft ein- und dieselbe Person sind. Vgl. Hagmann 105, der von einer « geknebelten Minderheit » spricht.

[13] Dafür Schl.Qu. § 84 N. 5, Baumbach N. 2, a.M. God.Wilh. N. 4.

gendermaßen: Es ist bei ihm darunter die Sorgfalt zu verstehen, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter anwenden würde, wenn er sein Geschäft einem Dritten zur selbständigen Leitung überlassen, sich aber wegen seines in dem Geschäft steckenden Kapitals die Überwachung der Geschäftsführung und die Prüfung des Jahresabschlusses vorbehalten hat.[14]

III. Die Aufsichtspflicht

Mit der Aufsichtspflicht des Verwaltungsrates kommt seine Doppelfunktion zum Ausdruck. Seine verwaltende Tätigkeit erschöpft sich nicht in der Geschäftsführung und Vertretung, sondern er soll sie gleichzeitig noch überwachen. Währenddem das deutsche Recht ein eigenes Organ, den Aufsichtsrat, dem Vorstand zur Seite stellt, haben wir im schweizerischen Gesetz Geschäftsführungsbefugnis und Aufsichtspflicht ein- und demselben Organ übertragen. Hier dürfte wohl der Gedanke maßgebend gewesen sein, daß nur ein mit der Geschäftsführung vertrautes Organ die AG überwachen könne.[15] Der Fall dürfte übrigens selten mehr anzutreffen sein, daß nur eine einzige Person mit sämtlichen Verwaltungsfunktionen ausgestattet ist, nachdem das revidierte OR durch Heraufsetzung des Grundkapitals den Zwerggesellschaften das Grab geschaufelt hat. Weiter verlangt OR 722, daß der Verwaltungsrat die Beobachtung der Vorschriften im Gesetz, den Statuten und den Reglementen, wo solche aufgestellt sind, kontrolliere. Zur Aufsichtspflicht gehört auch, daß sich der Verwaltungsrat regelmäßig über den Geschäftsgang orientieren läßt.[16] Zu diesem Zweck haben seine Mitglieder das Recht, sich über den Geschäftsgang im allgemeinen wie über einzelne Geschäfte von den mit der Geschäftsführung und Vertretung beauftragten Personen unterrichten zu lassen. Er kann auch die Vorlegung der Bücher und

---

[14] § 99 N. 2.

[15] Vgl. Bauer 86 ff. In der Ansicht von Rathenau 15 liegt zweifelsohne etwas Richtiges, wenn er behauptet, daß der Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat bereits durch sein Vorhandensein wirke, wenn er auch nicht mehr die ihm ursprünglich zugedachten Aufgaben zu bewältigen vermag und ein Unterorgan, die Direktion, an seiner Stelle amtet.

[16] Vgl. Bl.zü.R. 38, 30.

Akten anordnen. Er wird aber ebenfalls dafür verantwortlich erklärt, daß seine Protokolle sowie die der Generalversammlung regelmäßig, und die erforderlichen Geschäftsbücher pflichtgemäß geführt werden. Wie eng sich Aufsichtspflicht und Sorgfaltspflicht berühren, zeigt sich weiter in der Bestimmung, daß der Verwaltungsrat verantwortlich erklärt wird für eine richtige, den gesetzlichen Vorschriften genügende Aufstellung der Bilanz, sowie der Gewinn- und Verlustrechnung, und daß sie der Kontrollstelle zur Prüfung unterbreitet werden. Aus der Mannigfaltigkeit der Aufsichtspflichten wie aus der Vielseitigkeit der Verwaltungsbefugnisse und der daraus entspringenden Verantwortung ist zu sehen, daß es innerhalb des Verwaltungsrates nie zu einer Zweiteilung in nur geschäftsführende und nur beaufsichtigende Mitglieder kommen wird. Um einem solchen Bedürfnis Rechnung zu tragen, ist es der Generalversammlung wie dem Verwaltungsrat freigestellt, für die Geschäftsführung eine Direktion zu ernennen (OR 717 II). Wo das zutrifft, wird der Verwaltungsrat mehr zu einer beaufsichtigenden Behörde und nähert sich in seiner Stellung dem Aufsichtsrat des deutschen Rechts. Im Gegensatz zu diesem kann er aber, falls es not tut, jederzeit in die Geschäftsführung mit bindenden Anweisungen eingreifen oder sie wieder gänzlich an sich ziehen. Aus dieser Vielseitigkeit der Funktionen zeigt es sich, daß notwendigerweise unter den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern eine Überwachungspflicht besteht, vor allem wo ein Direktor dem Verwaltungsrat angehört.[17] Als weiteres Beispiel diene die Aufsichtspflicht des Präsidenten, insbesondere über den Delegierten des Verwaltungsrates, wie bereits früher angedeutet wurde.[18]

---

[17] Vgl. Wolfers 103.

[18] Ebensowenig wie Aufsicht und Verwaltung scharf voneinander geschieden sind, läßt sich Aufsicht und Kontrolle deutlich trennen im schweizerischen Recht. Nach OR 731 ist es den Statuten und der Generalversammlung vorbehalten, ob sie die Organisation der Kontrollstelle erweitern will und ihr weitere als die im Gesetz erwähnten Befugnisse erteilen soll. Auf keinen Fall dürfen ihr aber Aufgaben der Verwaltung übertragen werden.

Wieland 111, meint dazu: Da außerdem Zahl und Art der Organe nirgends erschöpfend festgelegt sind, vielmehr neben den gesetzlich vorgeschriebenen ordentlichen außerordentliche oder fakultative Organe teils gesetzlich vorgesehen, teils ganz allgemein zugelassen sind und große umfassende Unternehmen eines komplizierten und weitverzweigten Behördenapparates bedürfen, so tritt uns eine auf den ersten Blick verwirrende, kaum übersehbare Mannigfaltigkeit entgegen, die jedes Versuchs einer systematischen Gliederung zu spotten scheint.

Unter den Aufgaben des Aufsichtsrates steht an erster Stelle die Überwachung der Geschäftsführung (Akt.G. 95 I). Ein Vergleich mit HGB 246 zeigt, daß sich darin das neue Aktienrecht nicht vom alten Gesetz unterscheidet. Dennoch erfuhr die Stellung des Aufsichtsrates durch eine Bestimmung des Gesetzes von 1937 eine grundlegende Änderung gegenüber dem HGB, das gestattet hat, daß weitere als vom Gesetz genannte Obliegenheiten für den Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden können. Akt.G. 95 V verbietet ausdrücklich, daß dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden. Durch diese Vorschrift soll verhütet werden, daß, wie unter dem alten Recht, der Aufgabenkreis des Vorstandes und des Aufsichtsrates ineinander übergreifen und eine Verwischung in der Verantwortlichkeit der beiden Organe eintrete.[19] Es wurden unter dem HGB sehr oft Situationen hervorgerufen, die praktisch der Organisation in Verwaltungsrat und Direktion gleichkamen, wie sie im schweizerischen Recht üblich ist. Da aber das schweizerische Recht einen wichtigen Teil der Geschäftsführung einem speziellen Organ, der Kontrollstelle, zur Überwachung zuweist, entstand hier unter der deutschen Ordnung eine gefährliche Bresche. Die Möglichkeit, daß vor allem über die Buchführung überhaupt keine Aufsicht bestand, war deshalb nicht ausgeschlossen.

Diesem Zustand ein Ende bereitet zu haben, rühmt sich das Akt.G. Allerdings verkennt man nicht die Notwendigkeit, dem Aufsichtsrat, soll er noch ein Interesse am Unternehmen bezeugen, doch noch einen minimalen Einfluß auf die Geschäftsführung zu überlassen und stattet ihn deshalb für gewisse Geschäfte mit einem Vetorecht aus. Gemäß Akt.G. 95 V kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, daß gewisse Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden sollen. Erst die Zukunft wird lehren, ob sich der Aufsichtsrat diese Vorschrift nicht in einer Weise zunutze machen wird, die über den vom Gesetz beabsichtigten Zweck hinausgeht.

Zur Erfüllung seiner Pflicht muß der Aufsichtsrat in den Lauf der Geschäfte einen Einblick haben, weshalb er die Bücher und

[19] Vgl. Bauer 87.

Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, so vor allem die Gesellschaftskasse, die Bestände an Wertpapieren und die Warenvorräte einsehen und prüfen kann (Akt.G. 95 III). Über die Angelegenheiten der Gesellschaft, auch über die Beziehungen zu einem Konzernunternehmen, kann der Aufsichtsrat vom Vorstand jederzeit einen Bericht verlangen. Dieses Recht steht jedem einzelnen Mitglied zu, jedoch geht der Bericht nur an den Aufsichtsrat als Gesamtbehörde. Verhält sich der Vorstand ablehnend, so kann es den Bericht nur mit Unterstützung des Aufsichtsratsvorsitzers erzwingen (Akt.G. 95 II). Das soll überflüssige Berichte vermeiden helfen. Ein Schweigerecht gegenüber dem Aufsichtsrat gibt es für den Vorstand nicht.[20] Eine Arbeitsteilung in den Aufsichtspflichten, eine absolute Notwendigkeit für große Unternehmen, sowie die Ernennung besonderer Sachverständiger für bestimmte Aufgaben sieht auch das deutsche Recht vor (Akt.G. 95 III).

IV. Die Anzeigepflicht bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit

Wenn auch nicht wörtlich, so stimmen OR 725 und Akt.G. 83 doch inhaltlich überein. Beide regeln die Pflichten der mit der Geschäftsführung und Vertretung beauftragten Personen, wenn die Gesellschaft in eine finanziell kritische Lage gerät. Sie verfolgen den gleichen Zweck, nämlich, daß ein Unternehmen in bedrängter Lage nicht durch unglückliches Manöverieren der Geschäftsleitung so heruntergewirtschaftet werde, daß Aussicht auf Sanierung überhaupt nicht mehr bestehen würde. Wo aber auch sie nicht mehr vorliegt, soll den Gläubigern und Aktionären eine möglichst hohe Konkursdividende bzw. Liquidationsanteil gerettet werden.

Wenn der letzten Jahresbilanz zu entnehmen ist, daß für die Hälfte des Grundkapitals keine Deckung mehr vorhanden ist, so muß der Verwaltungsrat bzw. der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr die Sachlage erklären

[20] Vgl. Baumbach § 95 N. 3 A.

(OR 725 I, Akt.G. 83 I). Die gleiche Pflicht besteht, wenn die Überschuldung der Gesellschaft festgestellt wird.

Nach schweizerischem Recht hat der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz aufzustellen, sobald «begründete Besorgnis» vorhanden ist, währenddem das deutsche Gesetz ein «pflichtgemäßes Ermessen» verlangt. Die Vorschrift will verhüten, daß der Vorstand seine Anzeigepflicht durch Verzögerung des Jahresabschlusses oder durch Nichtaufstellung einer Zwischenbilanz hinauszieht.[21] Maßgebend im OR sind die Veräußerungswerte der Aktiven und die Vorschriften für die Errichtung einer Liquidationsbilanz.[22] Der Vorstand hat die Bewertungsgrundsätze des Akt.G. 133 heranzuziehen; der Bilanz- nicht der Geschäftsverlust entscheidet.[23]

Stellt der Verwaltungsrat fest, daß die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind (die Gesellschaft also zahlungsunfähig ist), so hat er dem Richter Mitteilung zu machen (OR 725 III). Der Richter kann in diesem Falle die Konkurseröffnung aussprechen, ein Einleitungsverfahren ist nicht notwendig, da ein materieller Konkursgrund vorliegt (SchKG 191). Der Verwaltung wie den Gläubigern bleibt jedoch das Recht vorbehalten, eine Aufschiebung der Konkurseröffnung zu verlangen, wenn Aussicht auf Sanierung besteht. Willigt der Richter ein, so hat er die zur Erhaltung des Vermögens geeigneten Vorkehrungen zu treffen, vor allem die Inventaraufnahme vorzunehmen und einen Sachwalter zu bestimmen (OR 725 IV).

Im deutschen Recht muß der Vorstand direkt und zwar ohne schuldhaftes Zögern, wie sich das Gesetz ausdrückt, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Konkurseröffnung oder das gerichtliche Vergleichsverfahren beantragen.[24] Dem Vorstand wird vorher noch eine letzte, allerdings recht knappe Frist von drei Wochen zu einem Sanierungsversuch bewilligt, bevor er endgültig zu entscheiden hat. Die gleichen Vorschriften gelten für den Fall, wo das Vermögen der Gesellschaft die Schulden nicht mehr zu decken ver-

---

[21] Vgl. Amtl.Begr. zu § 83.

[22] Vgl. Guhl II 308.

[23] Vgl. Baumbach § 83 N. 2 A, Schl.Qu. N. 3.

[24] Vgl. die entsprechenden Bestimmungen in der Konkursordnung vom 17. Mai 1898, §§ 207, 208, dazu Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Bd. II, Berlin und Leipzig 1933.

mag. Der Vorwurf schuldhafter Verzögerung läßt sich gegen den Vorstand nicht erheben, wenn er die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt (Akt.G. 83 II).

Auf Grund seiner Stellung als Überwachungsorgan ist auch der Aufsichtsrat verpflichtet, sobald er von der kritischen Lage der Gesellschaft Kenntnis hat, den Vorstand auf seine Pflichten aufmerksam zu machen und darauf hinzuwirken, daß die Eröffnung des Konkurses oder des Vergleichsverfahrens gestellt wird (Akt.G. 99).

V. Das Recht auf Entschädigung

1. Die Vergütung im allgemeinen

Es entspricht einem Gebot der Billigkeit, daß die Verwaltungsratsmitglieder für ihre übernommenen Pflichten und Verantwortungen angemessen entschädigt werden. Trotz der ehrenamtlichen Stellung, die sie innerhalb der Gesellschaft einnehmen, und obschon sie in einem Mandatsverhältnis zu ihr stehen, kann man nicht von ihnen verlangen, daß sie ihre Aufgaben unentgeltlich ausführen. Es darf nicht übersehen werden, daß die Sitzungen, die dazu nötigen Vorbereitungen sowie das Studium von Akten, Bilanzen und Unterlagen oft einen respektabeln Teil ihrer Arbeitszeit einnehmen. Fast sämtliche Statuten sehen deshalb für die Verwaltungsräte eine Vergütung vor. Die Vorschriften sind dabei recht verschiedener Natur, da das Gesetz, abgesehen von der Tantième, über die Art der Entschädigung schweigt. Die Statuten befleißen sich, besonders in neuerer Zeit, ihre Bestimmungen recht elastisch zu halten, sowohl aus steuerpolitischen wie aus Gründen der Diskretion. So findet man recht häufig, daß es kurzerhand dem Verwaltungsrat überlassen bleibt, über Art und Höhe der Vergütung an seine Mitglieder zu bestimmen. Unter Ausdrücken wie Sitzungsgelder, Taggeld, Entschädigung für besondere Bemühungen, Freifahrten bei Eisenbahngesellschaften, treten regelmäßig als die häufigste Art der Vergütung das Honorar und die Tantième auf. Eine einmalige feste Vergütung hat gegenüber der Gewinnbeteiligung den Vorteil, daß die Verwaltungsratsmitglieder auch in Jahren

schlechten Geschäftsganges nicht leer ausgehen, dagegen den Nachteil, daß sie nicht wie die Tantième anspornend auf die Initiative des Einzelnen wirkt. Aus diesen Erwägungen sehen viele Statuten eine Entschädigung nach beiden Arten vor. Das deutsche Recht gestattet eine Vergütung für die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder und verlangt gleichzeitig, daß sie mit ihren Aufgaben und mit der Gesellschaft in Einklang stehe (Akt.G. 98 I). Diese Bestimmung ist neu und soll erreichen, daß nicht die Person, sondern die Leistung des Mitgliedes bewertet wird;[25] ein Leitsatz, der auch unter dem schweizerischen Recht mit größerem Nachdruck verfochten werden sollte. Ob aber in der Praxis altgewordene Gewohnheiten mit einer derart unbestimmten Vorschrift weggeräumt werden können, bleibt fraglich. Über die Arten der Entschädigung ist das gleiche zu sagen wie für das schweizerische Recht. Die Satzung kann anordnen, wie die Aufsichtsratsmitglieder zu entschädigen sind und wer die Höhe der Beträge festsetzt.[26] Ist die Vergütung in der Satzung festgesetzt, so läßt sich eine Änderung nicht ohne weiteres vornehmen, darüber muß die Hauptversammlung beschließen. Deshalb verschafft das Gesetz im Fall einer Satzungsänderung, die die Vergütung herabsetzt, eine Erleichterung, indem ein Beschluß der Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit genügt (Akt.G. 98 I). Da die Mitglieder des Aufsichtsrates entsprechend ihrer Arbeit entschädigt werden sollen, kann für den Vorsitzer und seinen Stellvertreter gemäß ihrer Mehrarbeit und größeren Verantwortung eine höhere Summe festgesetzt werden als für die übrigen Aufsichtsräte.[27]

---

[25] Vgl. Baumbach § 98 N. 2 B.

[26] Vgl. Satz. d. Stuag, Wien, § 17: Die Mitglieder des Aufsichtsrates erhalten außer dem Ersatz ihrer Barauslagen eine jährliche feste, vom Gewinn unabhängige Vergütung, welche alljährlich durch die Hauptversammlung festgelegt wird, sowie den in § 28 vorgesehenen Anteil am Reingewinn. — Die Verteilung des Anteils am Reingewinn unter die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates wird von diesem bestimmt. — Übernehmen die Mitglieder des Aufsichtsrates in dieser Eigenschaft eine besondere Tätigkeit im Interesse der Gesellschaft, so kann ihnen hiefür durch Beschluß des Aufsichtsrates eine Sondervergütung bewilligt werden.

[27] Vgl. Satz. d. Deutschen Überseeischen Bank, § 16: Die Mitglieder des Aufsichtsrates erhalten neben dem Ersatz ihrer Auslagen eine feste, nach Ablauf des Geschäftsjahres zahlbare Vergütung, die sich für das einzelne Mitglied auf RM 2500.—, für die Mitglieder des Ausschusses auf den doppelten und für den Vorsitzer auf den dreifachen Betrag beziffert ...

Für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrates stellt das Gesetz eine spezielle Vorschrift auf, um den Gründern die Möglichkeit zu nehmen, eine Vergütung vorzusehen, die mehr zu ihrem als zum Wohle der Gesellschaft ausfallen könnte. Deshalb bestimmt Akt.G. 98 II, daß einzig und allein die Hauptversammlung den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrates eine Vergütung für ihre Tätigkeit bewilligen kann. Zudem heißt es weiter, daß der Beschluß erst in der Hauptversammlung gefaßt werden könne, die ebenfalls die Entlastung des ersten Aufsichtsrates ausspricht.

2. *Die Tantième*

Die Tantième oder der Gewinnanteil, wie sich das Gesetz ausdrückt, ist die für den Verwaltungsrat typische Form der Entschädigung. Sie besteht darin, daß den Mitgliedern für ihre Tätigkeit eine Vergütung ausbezahlt wird, deren Höhe sich nach dem jeweiligen Jahresgewinn berechnet. Um zu verhüten, daß nicht durch eine übermäßig hohe Tantième Rechte der Gesellschaft und Aktionäre, insbesondere die Dividendenausschüttung, geschmälert werden, bestimmt OR 677 folgendes:

> Gewinnanteile an Mitglieder der Verwaltung dürfen nur dem Reingewinn entnommen werden und sind nur zulässig, nachdem die Einlage in den gesetzlichen Reservefonds gemacht und aus dem Reingewinn eine Dividende von vier vom Hundert oder von einem durch die Statuten festgesetzten höheren Ansatz an die Aktionäre ausgerichtet worden ist.

Trotz ihrer umstrittenen Natur als Entgeltsform erfreut sich die Tantième auch heute noch großer Beliebtheit. Ihr selteneres Auftreten in den Statuten ist sicherlich dadurch bedingt, daß sie zu sehr als unsoziale Einrichtung angeprangert und daß sie im Bundesratsbeschluß über die eidgenössische Krisenabgabe mit einer Sondersteuer belastet worden ist.[28] Aus diesen Gründen ist es verständlich, wenn die Verwaltungsratsmitglieder ihre Gewinnanteile unter anderen Namen beziehen als unter der etwas anrüchigen Bezeichnung Tantième.[29]

---

[28] Vgl. Bundesratsbeschluß vom 19. Januar 1934, Art. 77, 78.

[29] Vgl. Siegwart V. 5. N. 351. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß nach OR 627, 2 der Anspruch auf die Tantième nur besteht, wenn er in den Statuten verbrieft ist. Bloße vertragliche Abmachungen genügen in Zukunft nicht mehr. Vgl. v. Steiger 35.

Ungerecht den Gesellschaftsgläubigern gegenüber wäre die Ausrichtung von hohen Tantièmen, währenddem das Unternehmen vor dem Konkurs steht. Die Verwaltungsräte sollen nicht rechtzeitig ihr Scherflein ins Trockene bringen, um dann desto ruhiger, wenn möglich noch als bedauerte Aktionäre, den Verlusten aus ihren eigenen Aktien entgegenzusehen. Deshalb sind sie nach OR 679 verpflichtet, wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt, alle in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch als Gewinnanteil oder unter anderer Bezeichnung erhaltenen Bezüge an die Gesellschaftsgläubiger zurückzuerstatten, insofern diese ein angemessenes Entgelt für Gegenleistungen übersteigen und bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden sollen. Eine Rückerstattung ist ausgeschlossen, soweit sie nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht gefordert werden kann.

Die Gewinnbeteiligung im deutschen Recht, entsprechend der vom OR verschieden aufgebauten Verfassung, ist sowohl für den Aufsichtsrat wie für den Vorstand gesetzlich normiert. Es wird hier die unterschiedliche Behandlung der beiden Organe kurz gestreift, im weiteren für den Vorstand auf § 12 II verwiesen. Die Tantième für den Aufsichtsrat soll in einem angemessenen Verhältnis stehen zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft[30] oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienen (Akt.G. 98 IV). Aus diesen Bestimmungen ist noch deutlicher als im schweizerischen Recht ersichtlich, daß die Gewinnbeteiligung nicht den Sinn einer Risikoprämie haben soll,[31] sondern als eine besondere Art der Vergütung für erfolgreiche Arbeit aufzufassen ist. Gleich wie im OR berechnet sich der Anteil am Reingewinn, der entstanden ist, nachdem eine Minimaldividende von vier vom Hundert an die Aktionäre zur Auszahlung kam, sowie die Rücklagen, Rückerstattungen, Abschreibungen und Wertberichtigungen vorgenommen wurden. Entgegenstehende Verfügungen sind nichtig (Akt.G. 98 III). Demgegenüber genießt die Tantième des Vorstandes einen Vorzug, in-

[30] Nach der Amtl.Begr. zu § 77 fallen nicht unter Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft Löhne, Gehälter und soziale Abgaben. Wohl aber rechnet Baumbach § 77 N. 5 dahin soziale Einrichtungen besonderer Art, wie gesunde Wohngelegenheiten, Bibliotheken, Pensionskassen, Ferienheime, Gefolgschaftsreisen, Sportplätze für die Gefolgschaft.

[31] a.M. Bauer 44.

dem sie auch ohne Dividendenausschüttung ausgerichtet wird und die Bildung freier Rücklagen nicht als unumgängliche Voraussetzung angesehen wird (Akt.G. 77 II).

§ 5. *Verhältnis zu General- und Hauptversammlung*

I. Der Geschäftsbericht

Die Aktionäre sollen über den Stand der Gesellschaft orientiert sein und der jeweiligen Lage entsprechend ihre Beschlüsse fassen können, weshalb der Verwaltungsrat verantwortlich ist, daß der Generalversammlung ein schriftlicher Geschäftsbericht vorgelegt wird (OR 724). Was in der Praxis längst üblich war, hat das revidierte OR nun gesetzlich verankert.[1] OR 724 verlangt im Geschäftsbericht eine Darstellung über den Vermögensstand und die Tätigkeit der Gesellschaft, sowie eine Erläuterung über den Jahresabschluß.

Die Geschäftsberichte beginnen üblicherweise mit einem Rückblick über die Tätigkeit der Gesellschaft im verflossenen Geschäftsjahr, der vom Verwaltungsrat an die ordentliche Generalversammlung gerichtet ist. Dem Bericht vorangehend werden die für die Geschäftsführung verantwortlichen Organsmitglieder namentlich angeführt, so vor allem der Verwaltungsrat, wo eine statutarische Direktion besteht, auch diese und die Kontrollstelle. Dem Namen der Verwaltungsräte kann noch gleichzeitig das Ende ihrer Amtsdauer beigefügt werden. Ebenfalls dem eigentlichen Bericht wird oft noch die Tagesordnung für die Generalversammlung vorausgeschickt. Der Tätigkeitsbericht wird Angaben, die je nach Art und Größe des Unternehmens voneinander etwas abweichen mögen, folgender Art enthalten:[2]

> Entwicklung des Geschäftes, Erfolge, Mißerfolge und ihre Ursachen, Umstellungen und Anpassung an die Marktlage,

---

[1] Vgl. Hug 93 ff.

[2] Das von Heilbrunn 163 aufgestellte Schema wurde als wegleitend genommen.

Preisschwankungen, Stand der Rohmaterialien, Umsatzänderungen, Aussichten der Bestellungen, Veränderungen in den Absatzgebieten.

Erwähnung wichtiger Vorgänge im Berichtsjahr, wie Abschluß und Ablauf von Verträgen, Erweiterung des Geschäftsbereichs, Änderungen in den Beziehungen zu Konzernen und ausländischen Unternehmen. Betriebsumstellungen, Errichtung neuer Bauten und Anlagen. Absichten über die Verwertung und den Ausbau neuer Erfindungen, solange Veröffentlichungen nicht zum Schaden der Gesellschaft gereichen.[3]

Bericht über Kapitalerhöhungen und Herabsetzungen, Erwerb und Veräußerung eigener Aktien (OR 659 IV), Sanierungen, Änderungen im Personalbestand, Ausscheiden von Verwaltungsräten, Maßnahmen auf sozialem Gebiet.

Anschließend an den Bericht über die Tätigkeit der Gesellschaft beantragt der Verwaltungsrat die Verwendung des Reingewinns, der die angeführten Posten umfassen kann:

Speisung des allgemeinen Reservefonds, Dividende, Tantième an den Verwaltungsrat, Vortrag vom Vorjahr, wo ein solcher vorhanden ist, eine eventuelle Super-Dividende, Zuweisungen für soziale Zwecke.

Ein weiteres gesetzliches Erfordernis des Geschäftsberichts liegt in der Darstellung des Vermögensstandes, der sich grundsätzlich aus der Bilanz ergibt. Über die Aufstellung der Bilanz können keine allgemeinen Richtlinien gegeben werden, sie hängt zu sehr vom Unternehmen sowie davon ab, was der Verwaltungsrat, ohne das Interesse der Gesellschaft zu verletzen, veröffentlichen will. Regelmäßig wird die Bilanz eines großen Unternehmens, dessen Aktien an der Börse kotiert sind, und das mit Publikumsgeldern arbeitet, ausführlicher gehalten sein als die kleinerer Gesellschaften. Allgemein gelten die Grundsätze der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit, die Bilanz soll nach allgemein anerkannten kauf-

[3] Vgl. Technischer Teil im Geschäftsbericht der Brown, Boveri & Cie. 1940/41, dazu OR 697 III.

männischen Grundsätzen aufgestellt werden, um den Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes zu geben (OR 959). Es handelt sich dabei um eine Erfolgsermittlungsbilanz.[4] Über die Bewertung der einzelnen Posten stellt OR 626 ff. einige Richtlinien auf.

Die Erläuterung des Jahresabschlusses ergibt sich aus der Gewinn- und Verlustrechnung sowie aus der Bilanz. Es kann sich als zweckmäßig erweisen, die verschiedenen Posten mit kurzen Bemerkungen denen des Vorjahres gegenüber zu stellen, um einen möglichst zuverlässigen Einblick in die Entwicklung und den Stand des Unternehmens zu gewähren.

Den Schluß des Geschäftsberichtes bildet ein Bericht der Kontrollstelle über die Führung der Geschäftsbücher, ob sie den gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen entspricht, gefolgt von einem Antrag, die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung des verflossenen Jahres zu genehmigen.

Der Bericht des Aufsichtsrates entspricht nicht dem des Verwaltungsrates, da er sich darin mehr über seine kontrollierende Tätigkeit — über die Geschäftsführung — zu äußern hat (Akt.G. 96 I). Er soll auch enthalten, welche Stelle den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht geprüft hat und ob Anlaß zu Beanstandungen gegeben ist.

Der eigentliche Geschäftsbericht, der sich, abgesehen von den Vorschriften über den Jahresabschluß, inhaltlich von dem des Verwaltungsrates nicht unterscheidet, wird vom Vorstand verfaßt. Nach Akt.G. 127 hat er ihn in den ersten drei Monaten[5] des Geschäftsjahres aufzustellen und mit dem Jahresabschluß und dem Vorschlag für die Gewinnverteilung dem Aufsichtsrat vorzulegen. Mit dem Bericht des Aufsichtsrates hat der Vorstand den Geschäftsbericht der Hauptversammlung zur Verhandlung über die Entlastung, die Gewinnverteilung und die Feststellung des Jahresabschlusses vorzulegen.[6] Über den Inhalt des Geschäftsberichtes

---

[4] Vgl. Guhl II 299.

[5] Die Satzung kann die Frist bis auf fünf Monate erweitern.

[6] Vgl. Akt.G. 125 VI: Der Jahresabschluß nebst dem Bericht des Aufsichtsrates ist mindestens während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Hauptversammlung in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen.

schreibt Akt.G. 128 I vor, daß er den Geschäftsverlauf und die Lage der Gesellschaft darlege. Er soll auch Vorgänge von besonderer Bedeutung, die nach Schluß des Geschäftsjahres sich ereigneten, erwähnen. Die Erläuterung des Jahresabschlusses wird einer außerordentlich ausführlichen Normierung unterworfen, weshalb hier auf die Vorschrift von Akt.G. 128 II verwiesen sei. Die Berichterstattung hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Sie kann nur so weit unterbleiben, als wichtige Interessen der Gesellschaft oder eines beteiligten Unternehmens oder der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern (Akt.G. 128 III). Ferner wird, was im schweizerischen Recht Brauch ist, die Angabe der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates mit Familien- und Vorname, gesetzlich statuiert, wobei auch hier die Vorsitzenden der beiden Organe besonders zu bezeichnen sind (Akt.G. 128 IV).

II. Die Entlastung

Mit der Vorlegung des Geschäftsberichtes ist die Auskunftspflicht des Verwaltungsrates noch nicht erschöpft. In der Generalversammlung wird er über seine Tätigkeit im letzten Geschäftsjahr noch mündlich Auskunft zu erteilen haben. Er wird insbesondere über den Teil der Geschäftsführung Rechenschaft ablegen müssen, den er mit Rücksicht auf die Gesellschaftsinteressen im Geschäftsbericht nicht veröffentlichen konnte.[7] Ergibt sich aus den Berichten und Ausführungen, daß der Verwaltungsrat seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hat, so steht ihm das Recht zu, von der Generalversammlung die Entlastung (Décharge) für seine Tätigkeit zu verlangen.[8] Deshalb kommt der Entlastung die Bedeutung zu, daß die Geschäftsführung genehmigt wurde und gleichzeitig die Ver-

[7] Vgl. Bachmann in Festschr. f. Cohn, 697: Die Entscheidung darüber, wie weit eine öffentliche Rechenschaftsablegung, geschehe dieselbe aus Zwang oder aus freiem Entschluß, gehen soll, ist meist eine Sache geschäftlicher Einsicht und geschäftlichen Takts.

[8] Über den Anspruch auf Entlastung vgl. Bachmann OR 655 N. 4, Welti 79, Horrwitz 393. — Ob es sich um einen Erlaßvertrag oder ein negatives Schuldenerkenntnis handelt, wie mehrheitlich angenommen wird, ist hier unwesentlich.

mutung, daß sie ordnungsgemäß war.[9] Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß die Entlastung bei kleinen Fehlern und Unregelmäßigkeiten nicht erteilt werden dürfe, hier wird die Generalversammlung sich mit einem Verweis gegenüber den verantwortlichen Mitgliedern begnügen. Die Décharge kann auch erteilt werden in Fällen, in denen die Gesellschaft Ansprüche gegen die Mitglieder der Verwaltung besitzt.[10] Allgemein bedeutet der Entlastungsbeschluß, daß aus der Geschäftsführung des verflossenen Geschäftsjahres keinerlei Forderungen gestellt werden.[11]

Im Zweifel wird die Entlastung dem gesamten Verwaltungsrat gegenüber ausgesprochen. Da sich aber das Organ aus physischen Personen zusammensetzt, an die sich die Ansprüche der Gesellschaft richten, kann die Generalversammlung, wenn ausreichende Gründe vorliegen, den einen Décharge erteilen, den andern nicht.[12] Anderseits wird sich das einzelne Verwaltungsratsmitglied für die gesamte oder einen Teil seiner Tätigkeit auf gerichtlichem Wege die Entlastung verschaffen dürfen.[13]

Die Bedeutung der Entlastung für das Organsmitglied läßt die Gefahr nicht unterschätzen, sie auf alle Fälle, wenn auch mit widerrechtlichen Mitteln zu erwirken. Dies wird verhältnismäßig leicht zu bewerkstelligen sein bei Unternehmen, in denen die Verwaltungsräte selbst Großaktionäre sind. Die kleinen Aktionäre riskieren, daß ihre Einsprache einfach überstimmt wird. Daran wird auch die Bestimmung von OR 695, daß bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht haben, nichts ändern. Die davon betroffenen Aktionäre lassen sich zu diesem Zweck vertreten. Dem zur Machtlosigkeit verurteilten Aktionär wird deshalb das Recht verliehen, beim Richter Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen Gesetz oder Statuten verstoßen, mit

---

[9] Vgl. Kreis 80: Durch den Entlastungsbeschluß bezeugen die Mitglieder der iurist. Person, daß sie mit der Tätigkeit der Organträger einverstanden sind und daß sie ihre Interessen weiterhin in diesem Sinne vertreten wissen wollen.

[10] Kolb 70 nennt es einen Schulderlaß.

[11] So Bachmann in Festschr. f. Cohn 704.

[12] Vgl. Horrwitz 390, RGZ 68. 317.

[13] Vgl. Bachmann in Festschr. f. Cohn 704.

Klage gegen die AG anzufechten (OR 706 I).[14] Der Aktionär besitzt aber auch ein Klagerecht gegenüber den mit der Geschäftsführung betrauten Personen, sofern er dem Entlastungsbeschluß nicht zugestimmt hat (vgl. § 10 II). Die Klage hat er binnen sechs Monaten anzustrengen. Stellt es sich heraus, daß der Verwaltungsrat durch wissentlich falsche Angaben und unwahre Aussagen die Generalversammlung zur Erteilung der Entlastung zu täuschen vermochte, so fällt sie ohne weiteres dahin.[15] In schweren Fällen wird der Strafrichter das letzte Wort sprechen. Will sich der Verwaltungsrat Unannehmlichkeiten ersparen, so wird er jede Verletzung von Gesetz oder Statuten erwähnen, auf seine Kompetenzüberschreitungen hinweisen und vermeiden, die Lage der Gesellschaft in einem rosigeren Lichte erscheinen zu lassen, als sie es tatsächlich ist.[16]

Für den Aufsichtsrat und Vorstand gilt grundsätzlich das Gleiche wie für den Verwaltungsrat, auch sie haben bei ordnungsgemäßer Erfüllung ihrer Pflichten einen Anspruch auf Entlastung, den sie nötigenfalls auf dem Klageweg erzwingen können.[17] Das Akt.G. weist insofern eine Neuerung auf, verglichen mit der Ordnung unter dem HGB, daß die Gesellschaft nicht einen effektiven Schaden gegenüber dem Organsmitglied nachzuweisen hat, um dessen Klageabweisung zu erreichen. Wie Schlegelberg-Quassowski ausführen, bedeutet die Entlastung nur die Billigung der Geschäftsführung, und dementsprechend kann sie auch nur bezüglich dieses Inhalts verlangt werden.[18] Die Mitglieder eines Organs dürfen bei ihrer Entlastung nicht mitstimmen (Akt.G. 114 V), dagegen dürfen, so weit sie Aktionäre sind, die Mitglieder des Aufsichtsrates an der Beschlußfassung über die Entlastung des Vorstandes teilnehmen und umgekehrt. Die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat darf einzig die Hauptversammlung vornehmen, so kann der Auf-

---

[14] Über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen vgl. Enßlin 65 ff.

[15] Vgl. BGE 14. 704, 18. 590. In 65. II. 10 stellt das Bundesgericht ausdrücklich fest, daß sich die Entlastung auf diejenigen Tatsachen beschränke, die der Generalversammlung als solcher bekannt waren. Vgl. auch den neuesten Entscheid über unwirksame Déchargeerteilung in NZZ 21. 11. 41, Nr. 1861.

[16] Vgl. Kreis 82.

[17] Vgl. Schl.Qu. § 104 N. 9, RGZ 76. 247, 89. 396, Hagmann 35 ff.

[18] § 104 N. 9.

sichtsrat nie dem Vorstand eine Entlastung mit der Bedeutung der gesetzlichen erteilen.[19] Eine Verweigerung der Entlastung des Vorstandes durch die Hauptversammlung ist genügend Grund für den Aufsichtsrat, einem Vorstandsmitglied fristlos zu kündigen, anderseits bedeutet die Verweigerung ein Mißtrauensvotum an die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, so daß sie jederzeit demissionieren können, da die Hauptvoraussetzung für ihre Tätigkeit, das Vertrauen, nicht mehr vorhanden ist.

Insofern die Satzung nicht eine andere, höchstens aber siebenmonatige Frist vorsieht, muß die Hauptversammlung für das vergangene Geschäftsjahr in den ersten fünf Monaten des laufenden beschließen (Akt.G. 104 I). Das Gesetz schreibt noch ausdrücklich vor, daß die Verhandlung über die Entlastung mit der Verhandlung über die Gewinnverteilung verbunden werde und der Vorstand den Jahresabschluß mit dem Bericht des Aufsichtsrates der Hauptversammlung vorzulegen habe (Akt.G. 104 II).

III. Die Abberufung

Die Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft wählt nicht nur den Verwaltungsrat, sondern kann ihn auch abberufen. Das Abberufungsrecht gegenüber dem Verwaltungsrat ergibt sich aus dessen Stellung als Beauftragter der Gesellschaft,[20] wird aber dennoch im Aktienrecht normiert (OR 705 I). Die Regelung im OR wird vielfach als ungenügend empfunden, denn es wird vom Gesetz eine Gewähr verlangt, daß nicht aus anderen als aus sachlichen Motiven die Zusammensetzung des Verwaltungsrates geändert werde. Vorschläge zum Entwurf des revidierten OR, wie zum Beispiel das Abberufungsrecht nur bei wichtigen Gründen zu gestatten, fehlten nicht.[21] Das Gesetz hat sie nicht aufgenommen, denn es wird in der Praxis meist schwer halten, einem Mitglied wichtige Gründe nachzuweisen, und die Generalversammlung

[19] Vgl. Akt.G. 84 IV: Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen . . .

[20] Vgl. OR 404 I: Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Bachmann OR 647.

[21] Vgl. Hug 82, Kolb 76.

sähe sich um eines ihrer demokratischen Grundrechte geschmälert. Anderseits darf auch nicht die Schattenseite unterschätzt werden, die dieser Mangel im Gesetz hervorruft. Großaktionäre, die dem Verwaltungsrat nahe stehen, werden mit der Stimmenmehrheit in der Generalversammlung den Verwaltungsrat so umformen, wie sie ihn haben wollen und diejenigen Mitglieder abberufen, die ihnen nicht mehr genehm sind. Bei Gesellschaften, deren Papiere die Hand rasch wechseln können, werden sich solche Umgruppierungen im Verwaltungsrat auf die Geschäftsführung wie auf die Verantwortungsfreudigkeit der Mitglieder nachteilig auswirken, die Verwaltung wird damit leicht zum Spielball der Generalversammlung.[22] Im weiteren fehlt dem einzelnen Aktionär jede Möglichkeit, auf die Absetzung eines unfähigen Verwaltungsratsmitgliedes einen wirksamen Einfluß auszuüben.

Für den Schaden, der ihm aus der Abberufung entsteht, hat das betroffene Mitglied einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft. In der Praxis dürfte an Stelle der Abberufung vor Ablauf der Amtsdauer mit der Nichtbestätigung der Wiederwahl auf eleganterem Wege dasselbe erreicht werden, es sei denn, daß rasches Handeln am Platze ist. Die Generalversammlung wird damit sich und dem Mitglied des Verwaltungsrates unangenehme Situationen ersparen können.

Ebensowenig wie das schweizerische verlangt das deutsche Recht irgendwelche bestimmte Voraussetzungen zur Abberufung des Aufsichtsrates. Akt.G. 87 II stellt einfach fest, daß die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied vor Ablauf der Wahlzeit widerrufen werden kann. Soll der Beschluß Gültigkeit besitzen, so bedarf er einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Der Satzung bleibt jedoch das Recht vorbehalten, diese Mehrheit durch eine höhere oder niedrigere zu ersetzen und die Abberufung an gewisse Bedingungen zu knüpfen. Dagegen fehlt eine analoge Bestimmung zu Akt.G. 75 III,[23] die dem Abberufenen den Anspruch auf Entschädigung vorbehält. Nach der herrschenden Meinung erlischt mit dem Amt auch das Recht auf

---

[22] So Hug 81.

[23] Danach gelten für die Ansprüche der Abberufenen die allgemeinen Vorschriften aus dem Anstellungsvertrag.

Vergütung.[24] Daraus darf aber nicht umgekehrt geschlossen werden, daß auch die Haftbarkeit des Mitglieds, das Grund zur Abberufung gibt, gegenüber der Gesellschaft untergehe.[25] Rechtlich gesehen ist der Widerruf eine empfangsbedürftige Willenserklärung.

IV. Die Demission

Hat sich das Verwaltungsratsmitglied zu vergegenwärtigen, daß es jederzeit abberufen werden kann, so ist ihm anderseits, gemäß seiner Stellung zur Gesellschaft, auch das Recht zu erteilen, durch Amtsniederlegung fristlos zu kündigen. Das OR besitzt keine entsprechende Bestimmung darüber, einzig durch Heranziehung von Mandatsgrundsätzen (OR 404 I) läßt sich das jederzeitige Kündigungsrecht feststellen. Die Möglichkeit der Demission muß dem Mitglied des Verwaltungsrates schon aus seiner besonderen Stellung zur Gesellschaft ermöglicht werden, sobald ein wichtiger Grund vorliegt. Es geht nicht an, daß ein Verwaltungsratsmitglied, dem die Entlastung nur zögernd oder überhaupt nicht gewährt wurde oder das sich mit seinen Kollegen verfeindet hat, weiterhin in seinem Amt verbleibt. Ein Mißtrauensvotum von seiten der Gesellschaft wird immer genügend Anlaß sein, die Kündigung einzureichen. Ein wichtiger Grund wird aber regelmäßig auch dann anzunehmen sein, wenn ein Mitglied mit der Geschäftsführung seiner Kollegen grundsätzlich nicht einverstanden ist. Selbst wenn die Demission unzeitig eingereicht wird, erwächst der Gesellschaft kein Entschädigungsanspruch, solange sie gehörig begründet ist.[26] Dagegen wird, umgekehrt zu OR 705 II, anzunehmen sein, daß bei grundloser Demission das Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig wird. Äußert sich das Gesetz auch nicht dazu, so hat doch die Praxis die Notwendigkeit der

---

[24] Schl.Qu. § 87 N. 24, Baumbach N. 5, Ritter N. 3 c, Gadow Anm. 20, RGZ 68. 224.

[25] Vgl. Baumbach § 87 N. 5.

[26] Vgl. Bauer 31.

Demission für den Verwaltungsrat anerkannt, weshalb wir sie in einigen Statuten normiert finden.[27]

Für das deutsche Recht ist ein Unterschied zu machen, ob das Aufsichtsratsmitglied in einem Mandatsverhältnis zur Gesellschaft steht oder ob es mit ihr einen Anstellungsvertrag geschlossen hat. Liegt Auftrag vor, was das Übliche ist, so kann das Mitglied sein Amt jederzeit niederlegen (BGB 671). Sollte der Aufsichtsrat durch die Niederlegung beschlußunfähig werden, so muß das Mitglied warten, bis ein Ersatzmann gewählt ist, es sei denn, daß ein wichtiger Grund zur Niederlegung vorliegt.[28] Bezieht das Mitglied eine Vergütung für seine Tätigkeit, so wird Dienstvertrag anzunehmen sein und die Amtsniederlegung richtet sich nach dessen Vorschriften. Der Aufsichtsrat hat das Amt für eine bestimmte Periode übernommen, weshalb er es nur aus wichtigem Grund niederlegen kann (BGB 626). Auch die Satzungen können das Niederlegungsrecht regeln, wobei nicht immer eine Kündigungsfrist vorbehalten wird.[29]

---

[27] Vgl. Wieland 149; Stat. d. Solothurn-Münster Bahn AG., § 22; Elektrizitätswerk Wangen AG., § 20. — Nach BGE 48. II. 403 scheidet das Mitglied erst mit seiner Entlassung durch die Generalversammlung aus dem Verwaltungsrat aus.

[28] Vgl. Schl.Qu. § 87 N. 26 ff., BGB 671 II. Die Kündigung ist wirksam, verpflichtet aber zu Schadenersatz; vgl. Soergel § 671 N. 3.

[29] Satz. d. AG. für Energiewirtschaft in Berlin, § 11: Jedes Mitglied des Aufsichtsrats ist berechtigt, jederzeit auch ohne wichtigen Grund sein Amt niederzulegen.

B. DIREKTION UND VORSTAND

§ 6. Bestellung

I. Die Notwendigkeit einer Direktion

Wir haben an anderer Stelle schon darauf aufmerksam gemacht (§ 3 III, IV), daß der Verwaltungsrat, um seiner Aufgabe gewachsen zu sein, einen Teil seiner Befugnisse an Ausschüsse oder einzelne Mitglieder, Delegierte, übertragen kann. Wir haben auch gesehen, daß die Arbeitsteilung sehr häufig angewendet wird und dadurch der Verwaltungsrat, ohne eine unbrauchbare Einrichtung zu werden, seine maßgebende Stellung in der Gesellschaftsorganisation aufrechterhalten konnte. Allein, der Verwaltungsrat wird sich nicht immer aus Mitgliedern zusammensetzen, die genügend Zeit und Sachkenntnis besitzen, um allen Anforderungen, die ein Unternehmen stellt, gerecht werden zu können. Das gilt insbesondere für die Geschäftsführung.[1] Nicht immer wird sich ein Mitglied finden lassen, das diesen wichtigen Teil der Verwaltung als Delegierter übernehmen will oder kann. Wie notwendig eine Direktion sein kann, wird noch dadurch unterstrichen, daß im Entwurf von Huber in Art. 767 vorgesehen war, für AG mit einem Grundkapital von mindestens einer Million Franken eine Direktion obligatorisch zu erklären. Die Praxis hat von der Bestimmung in OR 717 (aOR 650) ausgiebig Gebrauch gemacht und betraut in den meisten Fällen, sich die Elastizität des Gesetzes zunutze machend, mit der Führung der Geschäfte und der Vertretung der Gesellschaft eine Direktion, die aus einer oder mehreren Personen bestehen kann.[2] Sie wird, je größer das Unternehmen ist, umso mehr ausgebaut sein und kann vom bescheidenen Direktor eines kleinen Unternehmens bis zum mehrköpfigen Direktionskollegium eines Konzerns mit dem allmächtigen Generaldirektor an der Spitze, alles umfassen. Im letzteren Fall ist ein Vergleich mit der Organisation im deut-

[1] Vgl. Vigier 20, Rathenau 13 ff.
[2] Vgl. Botschaft 51, Sten.Bull. St.R. 1931, 564.

schen Recht nicht unangebracht. Die Direktion wird eine ähnliche Stellung wie der Vorstand, der Verwaltungsrat vorwiegend Funktionen des Aufsichtsrates einnehmen.[3]

Bei dieser hervorragenden Bedeutung, die der Direktion zukommt, ist es im ersten Moment erstaunlich, festzustellen, wie knapp sie im Gesetz erwähnt ist, ja dieser Umstand ist ihm sogar als Mangel vorgeworfen worden.[4] Während aOR 650 den Ausdruck noch nicht gebraucht, sind bei der Revision die mit der Geschäftsführung und Vertretung beauftragten Personen wenigstens in Klammern als Direktoren bezeichnet worden, solange sie nicht Mitglieder des Verwaltungsrates sind (OR 717 II).

Die Vorteile, die dem Unternehmen aus einer harmonierenden Zusammenarbeit zwischen Direktion und Verwaltungsrat ersprießen, haben das Direktorialsystem[5] in der Schweiz sich bewähren lassen. Eine größere AG ohne Direktor, der die laufenden Geschäfte besorgt, für sie rechtsverbindlich zeichnet, das heißt sie nach außen vertritt, ist heute undenkbar. Der Verwaltungsrat, der nur von Zeit zu Zeit zusammentritt, und der seine ganze Kraft für das Unternehmen weder hergeben will noch kann, ist dazu ungeeignet. Der Direktor ist auch der Mann, der die Fühlung zwischen Verwaltungsrat und Personal aufrechterhält und für einen reibungslosen Ablauf der Geschäfte besorgt ist, und der die Angestellten unter ständiger Kontrolle hat. In vielen Fällen ist er der leitende Kopf des Unternehmens, der die Gesellschaft zu dem erhoben hat, was sie geworden ist. Aufgabe des zweiten Teils dieser Arbeit ist es, die Stellung der Direktion, im Vergleich zu dem ihr entsprechenden Vorstand im deutschen Recht, eingehender zu würdigen.

II. Die Organschaft

Während im deutschen Recht der Vorstand zu den notwendigen Gesellschaftsorganen zählt, somit seine Eigenschaft als Organ

---

[3] Vgl. Wieland 121; Curti 108: So besteht in der schweizerischen Praxis derselbe Dualismus wie in Deutschland und wird nicht als Übelstand, sondern als Vorteil empfunden.

[4] Vgl. Pfyffer 11, Perregaux 31.

[5] Vgl. Wieland 112; für das im englischen Recht typische Direktorialsystem vgl. Ketterer 15.

bereits gegeben ist, gilt das nicht für die Direktion im OR. Das Gesetz begnügt sich festzustellen, daß Generalversammlung oder Verwaltungsrat durch die Statuten ermächtigt werden können, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben und die Vertretung der Gesellschaft an Dritte zu übertragen, ohne denselben eine bestimmte Stellung im Organkomplex einzuräumen. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als die allgemeinen Normen über die iuristische Person heranzuziehen. ZGB 54 lautet:

> Die iuristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hiefür unentbehrlichen Organe bestellt sind.

Demnach können die Statuten, wo es erforderlich erscheint, von sich aus weitere als im Gesetz erwähnte Organe schaffen.[6] Es wird also im konkreten Fall immer davon abhängen, ob die Statuten die Direktion unter ihre Organe gereiht haben wollen oder nicht.[7] Kein Zweifel wird da herrschen, wo neben Generalversammlung, Verwaltung und Kontrollstelle auch die Direktion ausdrücklich als Organ aufgezählt ist. Anders verhält es sich in den Fällen, in denen dem Verwaltungsrat lediglich die statutarische Befugnis eingeräumt wird, eine Direktion zu bestellen und ihr einen Teil seiner Aufgaben zu übertragen. Geben weder Statuten noch Reglemente einen Hinweis auf die Art und den Umfang der abzutretenden Kompetenzen, so wird es letzten Endes im Ermessen des Verwaltungsrates liegen, ob er die Direktion in eine Organstellung erheben will oder nicht. Allgemein wird es sich schon so verhalten, daß die statutarische Ermächtigung an den Verwaltungsrat, eine Direktion zu wählen, auch zu deren Organstellung verhilft.[8] Eine Regel daraus zu machen, erachten wir aber als zu weitgehend. Ebenso wichtig, ja als das Entscheidende, um der Direktion

---

[6] Tuor 99: Die Art und Zahl der Organe wird entweder durch das Gesetz oder durch die Statuten bestimmt.

[7] BGE 20. 1124, 48. II. 56.

[8] Vgl. Wolfers 76. Die Ansicht von Bachmann OR 673 N. 3 und von BGE 34. II. 497, daß der Direktor nur zur Verwaltung zu zählen ist, wenn er Verwaltungsratsmitglied ist, dürfte heute endgültig überholt sein, umsomehr, als das Bundesgericht seine Haltung neuerdings geändert hat und dazu in BGE 65. II, 6 ausführt: Organ sei vielmehr auch jede Person, die, ohne dem obersten Verwaltungsorgan anzugehören oder in ihm entscheidend mitzuwirken, unter dessen Aufsicht die eigentliche Geschäftsführung besorge.

die Organqualität zu verschaffen, ergibt sich aus den Kompetenzen, die man ihr zuerkennt. Erst von dem Moment an, da sie selbständig auftreten und handeln kann, wird man auch von einem Organ sprechen können.[9] So existieren heute viele Gesellschaften, die in den Statuten die Direktion kaum erwähnen — ein Reglement, das der Öffentlichkeit nicht zugänglich ist, kann ja die nötigen Vorschriften erlassen —, sie tatsächlich aber mit weitgehenden Machtbefugnissen ausgestattet haben. Der Direktor wird dadurch über eine gewöhnliche Hilfsperson gestellt.

Nicht als unumgängliches Merkmal der Organeigenschaft darf die fehlende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht bewertet werden, was beim technischen Direktor der Fall sein kann. Je nach der Stellung, die er im Unternehmen einnimmt, kann er Organ wie Hilfsperson sein.

III. Die Anstellung und ihre rechtliche Natur

Das Gesetz überläßt es den Statuten oder auch nur einem statutarisch vorgesehenen Reglement, festzulegen, wer zur Bestellung der Direktion, ob Generalversammlung[10] oder Verwaltungsrat befähigt sein sollen (OR 717 II). In den weitaus meisten Fällen wird der Verwaltungsrat damit betraut, da er das zur Wahl eines Direktors geeignetere Organ ist. Er ist es, der in enger Beziehung zu den in Frage kommenden Personen steht, der die Möglichkeit hat, sie auf ihre Fähigkeiten zu prüfen und sich mit ihren Eigenschaften vertraut zu machen. Die Voraussetzungen, nur fähige Personen auf den Direktionsposten zu berufen, sind beim Verwaltungsrat viel eher gegeben, als bei der Generalversammlung. Bei der Bedeutung für das Gedeih des Unternehmens, die einer reibungslosen Zusammenarbeit zwischen den mit der Verwaltung betrauten Organen zukommt, ist die Wahl durch den Verwaltungsrat vorzuziehen, wird er doch einer von ihm gewählten Direktion eher das volle Vertrauen entgegenbringen, als wenn er in ihr Vasallen einzelner Großaktionäre sieht. Gleichzeitig ist nicht zu verkennen, daß ein

[9] Vgl. Wolfers 76, Locher 42.
[10] Vgl. Bachmann OR 650 N. 1.

vom Verwaltungsrat eingesetzter Direktor in besonders hohem Maße unter seinem Einfluß steht, was sich bei Machtkämpfen zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat auswirken mag. Im übrigen ist der Wahl durch die Generalversammlung nicht mehr die Bedeutung beizumessen wie unter der Herrschaft des alten Rechts,[11] da OR 726 II dem Verwaltungsrat ausdrücklich die Befugnis einräumt, die von der Generalversammlung bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit in ihren Funktionen einzustellen. Mit der Wahl des Direktors kann auch die Bestimmung seiner Amtsdauer in die Kompetenz des Verwaltungsrates fallen, wenn sie nicht sogar in den Statuten festgelegt ist.

Rechtlich gesehen dürften wohl heute keine Zweifel mehr bestehen, daß der Direktor in einem Dienstvertrag zur Gesellschaft steht.[12] Obschon er den Vertrag mit dem Verwaltungsrat eingeht, verpflichtet er sich der Gesellschaft gegenüber, waltet doch letzten Endes der Verwaltungsrat im Auftrag der Gesellschaft. Zwar liegt auch dem Direktor eine Geschäftsbesorgung für einen Dritten ob, ein Merkmal des Auftrages, was aber keinen genügenden Ausschlag gibt, um unsere Meinung zu ändern. Der Direktor muß regelmäßig seine ganze Arbeit, Kraft und Zeit in den Dienst des Unternehmens stellen, weshalb sein Vertrag auf dauernde Anstellung lauten wird, gleichzeitig hat er einen Anspruch auf Lohn. Verglichen mit OR 319 I erweist sich deutlich, daß alle diese Eigenschaften unter den Normen über den Dienstvertrag zu finden sind. Ist der Direktor noch gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrates, so befindet er sich in einem doppelten Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, ähnlich dem Delegierten (vgl. § 3 IV), wobei er jedoch im Gegensatz zu diesem als Direktor seine Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag ableiten wird.

Ist es im schweizerischen Recht meist der Verwaltungsrat, der die Direktion bestellt, so fällt im deutschen Recht die Anstellung des Vorstandes zwingend in die Kompetenz des Aufsichtsrates (Akt.G. 75). Weder Satzung noch Hauptversammlung können da-

---

[11] Vgl. aOR 647, Wolfers 78.

[12] Vgl. Pfyffer 62, Wolfers 81, BGE 25. II. 346. Nach Guhl I 187 liegt dann ein Dienstvertrag vor, wenn die Leistung von Diensten auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Lohn versprochen wird.

von abweichende Vorschriften aufstellen. Doch das Akt.G. normiert noch in anderer Weise die Bestellung des Vorstandes strenger, als es das OR für die Direktion vorsieht, indem die Amtsdauer auf höchstens fünf Jahre festgesetzt werden darf. Eine Erneuerung der Amtszeit ist zulässig. Damit soll erreicht werden, daß die Vorstandsmitglieder nicht durch eine langfristige Bestellung allzu sicher auf ihren unter Umständen recht einträglichen Posten bequem werden, und daß sie weniger der Versuchung unterliegen, ihre Machtbefugnis zu überschreiten. Es tauchen hier also ähnliche Erwägungen auf, wie wir sie bereits bei der Wahl von Verwaltungs- und Aufsichtsrat kennen gelernt haben (§ 2 I). Das Vorstandsmitglied soll nur auf Grund seiner Leistungen wiederbestellt werden.[13] Die Zahl der Mitglieder wird, je nach den Vorkehrungen der Satzung, ins freie Ermessen des Aufsichtsrates gelegt. Er wird, wie der Verwaltungsrat für die Direktion, für den Vorstand die Zahl der Mitglieder bestimmen, die für eine ordentliche Geschäftsführung nötig ist. Ohne gegen die Satzung bzw. Statuten zu verstoßen, ist die Möglichkeit gegeben, die Geschäftsleitung jederzeit dem Stand des Unternehmens anzupassen. Verbunden mit der Bestellung, die durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung geschieht,[14] die der Annahme bedarf, ist die Vereinbarung der Anstellungsbedingungen.[15]

Grundsätzlich ist über die Natur des Anstellungsvertrages das Gleiche zu sagen wie unter § 1 IV: Ist er unentgeltlich, wird Auftrag (BGB 626 ff.), ist er entgeltlich, wird Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung (BGB 611, 675) vorliegen.[16] Nach einer Behauptung von Baumbach ist jedoch die Tätigkeit des Vorstandes immer entgeltlich, wie die des Aufsichtsrates unentgeltlich ist.[17] Diese Auf-

---

[13] So Schl.Qu. § 75 N. 1.

[14] Vgl. Baumbach § 75 N. 2.

[15] Vgl. Akt.G. 97 I, Satz. d. Mez AG., § 13.

[16] Mit der auf fünf Jahre begrenzten Anstellung ist auch die Vertragsdauer auf diese Zeit beschränkt. Dem steht aber nicht entgegen, daß für die Zeit nach dem Ausscheiden ein angemessenes Übergangsgeld oder Ruhegehalt vereinbart wird. Nach der Amtl.Begr. § 75 ist es jedoch unzulässig, « durch Vereinbarung eines unangemessenen Ruhegehaltes oder einer Leistung verwandter Art die freie Entschließung der Gesellschaft über die wiederholte Bestellung unbillig zu beschränken ».

[17] § 98 N. 2.

fassung läßt sich bestärken, wenn man berücksichtigt, daß auch das Vorstandsmitglied seine gesamte Arbeitszeit der Gesellschaft ausschließlich zur Verfügung stellen wird. Trotz seines Anstellungsvertrages, der übrigens nur intern wirkt, ist das Vorstandsmitglied so wenig Angestellter wie der Direktor. Als Organe der Gesellschaft sind sie ihre gesetzlichen Vertreter und zwar im deutschen Recht kraft Gesetzes (Akt.G. 71 I), im OR innerhalb der durch die Statuten zuerkannten Kompetenzen.[18]

§ 7. *Verhältnis zu Verwaltungs- und Aufsichtsrat*

I. Die übergeordnete Stellung von Verwaltungs= und Aufsichtsrat

Jede Organisation, mag man ihr den Namen geben, den man will, vom Staatswesen hinab bis zum kleinen Betrieb, ist mehr oder weniger durchsetzt vom Prinzip der Hierarchie. Trotz ihrer unleugbaren Mängel, birgt sie doch bei straffer Handhabung die Gefahr in sich, die Initiative des Einzelnen zu lähmen, ist sie bis heute die unentbehrliche Organisationsform zur vollständigen Erreichung eines einheitlichen Willens geblieben. Wir können sie nicht mehr entbehren und, was auf den ersten Blick ein Widerspruch zu sein scheint, der Grundgedanke der Hierarchie schimmert auch dort durch, wo wir reine demokratische Ideale vermuten.

In der Erkenntnis dieser Vorteile ist das schweizerische Aktienrecht so konstruiert, daß die Organe der Gesellschaft, abgesehen von der Kontrollstelle mit ihrer besonderen Aufgabe, einander unter- bzw. übergeordnet sind, mit der Generalversammlung als oberstes Organ. An zweiter Stelle folgt der Verwaltungsrat mit allen seinen Variationen (vgl. § 3), dem wiederum die Geschäftsleitung, gewöhnlich mit einem Direktor an der Spitze, untergeordnet ist.[1] Diese Unterordnung der Direktion ist jedoch nicht

[18] Die Kompetenzen brauchen nicht ausdrücklich in den Statuten erwähnt zu sein, es genügen die durch den Verwaltungsrat erteilten oder in einem Reglement vorgesehenen Befugnisse.

[1] Vgl. Pfyffer 77, Wolfers 97.

schlechthin als eine strikte Gehorsamspflicht gegenüber dem Verwaltungsrat aufzufassen. Das Gesetz überläßt es vielmehr der Praxis, eine Grenze zu ziehen, die sich tatsächlich in einem weiten Spielraum bewegt und von einer fast gänzlichen Koordinierung der beiden Organe zu einer strengen Unterwerfung der Direktion unter den Willen des Verwaltungsrates führen kann. Wie es sich im einzelnen Fall verhält, braucht nach außen nicht sonderlich zutage zu treten, da in den Statuten, vielmehr noch in einem Reglement, gesagt wird, wie weit der Direktor aus freien Entschlüssen handeln darf, und wie weit er nur das Sprachrohr des Verwaltungsrates oder seines Ausschusses ist.

Ebensosehr, wenn nicht noch mehr, wird die Tatsache, daß der Verwaltungsrat die von ihm Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen kann (vgl. § 13, OR 726 I) ihre Reflexe auf die Beziehung Verwaltungsrat—Direktion werfen. Bei einer Wahl des Direktors durch die Generalversammlung schwindet allerdings der Einfluß des Verwaltungsrates, bleibt aber immer noch nachdrücklich genug bestehen, mit dem Recht zur Einstellung in den Funktionen. Eine ungefügige Direktion wird deshalb immer riskieren müssen, daß sie bei eigenmächtigem, gegen die Anweisung des Verwaltungsrates verstoßendem Handeln in ihrer Bewegungsfreiheit stark eingeengt und, wo auch das nichts fruchtet, sogar abberufen wird. (Letzteres wird immer dann eintreten, wenn durch unpflichtmäßiges oder unvorsichtiges Verhalten größerer Schaden eingetreten ist.) Das soll etwa nicht heißen, daß praktisch die Direktion keine Kompetenzen mehr haben soll, aber wo sie nicht versteht, sie richtig anzuwenden und sogar Schaden stiftet, wäre es von seiten des Verwaltungsrates unverantwortlich, nicht rechtzeitig einzuschreiten.[2] Daß hier kein Widerspruch vorliegt, bezeugen die entsprechenden zahlreichen statutarischen Vorschriften über die Überwachungspflicht des Verwaltungsrates. Aus der Aufgabe, die Geschäftsführung zu beaufsichtigen, entsteht somit für den Verwaltungsrat die Pflicht einzuschreiten, sobald sich ein für die Gesellschaft nachteiliges Verhalten der Direktion offenbart, auch wenn sie noch innerhalb der Schranken ihrer Kompetenzen handelt.

---

[2] Vgl. BGE 18. 588 ff.

Die Prüfungspflicht des Verwaltungsrates wird sich in den seltensten Fällen auf eine bloße Kontrolle beschränken, was der Gesetzgeber im OR, im Gegensatz zum Akt.G., auch gar nicht beabsichtigt hat. Vielmehr wird der Verwaltungsrat, wo es not tut, eingreifen und die nach seinem Gutdünken erforderlichen Anweisungen erteilen, unter Umständen sogar die Generalversammlung einberufen.

Einen Teil der Geschäfte behält sich gewöhnlich der Verwaltungsrat vor oder sichert sich zumindest ein Mitspracherecht. Deshalb wird die Direktion an seine Weisungen gebunden sein und das umso mehr, je unselbständiger sie ist. Das bedeutet jedoch keinen blinden Gehorsam gegenüber dem Verwaltungsrat, es widerspräche der Organstellung des Direktors und würde ihn zur bloßen Hilfsperson herabsinken lassen. Es wird seine Pflicht sein, die Weisungen und Aufträge vor ihrer Ausführung zu überprüfen, ob sie möglich und rechtlich erlaubt sind und wo immer Gefahr droht, sie, wenn es irgendwie geht, abzuwenden. Für den Direktor gilt die Sorgfaltspflicht in genau gleichem Maße wie für die übrigen Mitglieder der Verwaltung. Solange kein genügender Grund vorliegt, braucht er sich keine Übergriffe in die ihm ausdrücklich zugestandenen Kompetenzen gefallen zu lassen; er wird sich später nie mit der Begründung, auf Anweisung des Verwaltungsrates gehandelt zu haben, von seiner Verantwortlichkeit befreien können, es sei denn, er habe sie ausdrücklich abgewiesen.[3] Es wäre unbillig, ihm zumuten zu wollen, mit seiner Unterschrift die Verantwortung eines Geschäftsführungsaktes, dem er nie zustimmen konnte, auf sich zu nehmen.

Als Vertreter der Gesellschaft wird sich der Direktor oft Geschäften gegenübergestellt sehen, deren Ausführung er nicht von sich aus erledigen darf, will er nicht seinen Aufgabenkreis überschreiten und eine Pflichtverletzung begehen. Deshalb räumen die Statuten der Direktion oft das Recht ein, eine Verwaltungsratssitzung einzuberufen. Sie wird das selbstverständlich nur tun, wo es über Geschäfte zu beschließen gilt, die von einiger Bedeutung

---

[3] Vgl. Wolfers 100.

für das Unternehmen sind. An Stelle des Verwaltungsrates mag unter Umständen auch schon sein Ausschuß, der ja gerade oft für solche Fälle ins Leben gerufen worden ist, bindende Entschlüsse fassen. Bei Geschäften von geringerer Wichtigkeit oder wenn sich der Direktor, bevor er einen Entschluß faßt, noch mit einem maßgebenden Mitglied des Verwaltungsrates beraten möchte, wird er sich an den Delegierten, oder wo dieser fehlt, an den Präsidenten des Verwaltungsrates wenden. Sie mögen ihm dann ihre Meinungen und Ansichten mitteilen, die er mit Vorteil berücksichtigen wird, um sich dadurch später bei der Entlastung seiner Tätigkeit die Unterstützung der einflußreichsten Mitglieder des Verwaltungsrates zu sichern. Im Geschäftsreglement werden ziemlich detailliert die Geschäfte aufgezählt, zu deren Durchführung die Direktion der Zustimmung des Verwaltungsrates bedarf. In Zweifelsfällen wird er sich zu vergegenwärtigen haben, ob es mit seiner Sorgfaltspflicht vereinbar ist, wenn er selbst entscheidet.

Wie sich der Verwaltungsrat mit der Wahl stets einen Einfluß auf die Direktion zu wahren weiß, so wird auch der Aufsichtsrat sein Recht, den Vorstand zu bestellen, in einem für ihn vorteilhaften Sinn anwenden.[4] Die Bestellung liegt ihm zwingend ob, weder Satzung noch Hauptversammlung können daran etwas ändern. Das Akt.G. will den Aufsichtsrat möglichst von der Geschäftsführung ausschließen, weshalb es umso verständlicher ist, wenn er viel Gewicht auf einen ihm gefügigen Vorstand legt. Nach Baumbach[5] soll aber dem Gesetz mit der Bestellung durch den Aufsichtsrat nicht unterschoben werden, daß es ihn zum Vorgesetzten des Vorstandes macht. Anderseits wird es in der Praxis in der Regel zutreffen, daß ein vorsichtiger Vorstand sich die Zustimmung des Aufsichtsrates zu seinen Handlungen sichern wird. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß der Aufsichtsrat, wenn auch nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, die Vorstandsmitglieder abberufen kann (Akt.G. 75 III) oder sie nach Ablauf ihrer Amtszeit, also spätestens nach fünf Jahren, nicht mehr wiederzuwählen braucht.

---

[4] Verbunden mit der Bestellung ist auch der Abschluß des Anstellungsvertrages durch den Aufsichtsrat. Vgl. God.Wilh. § 75 N. 1.

[5] So in § 75 N. 2.

Da die oberste Aufgabe des Aufsichtsrates die Überwachung der Geschäftsführung ist (vgl. § 4 III) und er nach dem Wortlaut des Gesetzes niemals aktiv in die Geschäftsführung eingreifen dürfte,[6] müßte er sich damit begnügen, Verweise und Rügen zu erteilen, wo durch schuldhaftes Verhalten der Vorstandsmitglieder der Gesellschaft Schaden zugefügt wurde. Schlimmstenfalls muß er eine Generalversammlung einberufen (Akt.G. 95 IV). Wie sehr auch das Gesetz mit dieser Einstellung dem Gedanken dienen will, eine klare Verantwortung für das mit der Geschäftsführung beauftragte Organ festzulegen, wird ihm dennoch die Praxis kaum folgen. Von einer anderen Seite betrachtet, drängt sich geradezu die Frage auf, ob es mit der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrates vereinbar ist, wenn er trotz seiner Ermahnungen untätig zusehen muß, wie ein unfähiger Vorstand wirtschaftet, bis er ihn schließlich abzuberufen hat. Was wird es der Gesellschaft nützen, das verantwortliche Vorstandsmitglied zweifelsfrei herausgefunden zu haben, wenn dessen finanzielle Mittel in keinem Verhältnis zu dem dem Unternehmen zugefügten Schaden stehen! Zudem wirkt sich jeder Wechsel in den Vorstandsmitgliedern auf den ungestörten Gang des Betriebes hemmend aus, wird für das Unternehmen nicht sonderlich förderlich sein und auch das Vertrauen Dritter in die Gesellschaft nicht stärken können.[7] Viel vernünftiger wird es sein, wenn der Aufsichtsrat wie im schweizerischen Recht, dem Vorstand bindende Anweisungen erteilen und so größeren Schaden von der Gesellschaft rechtzeitig abwenden wird. Es wäre geradezu unvernünftig, wenn der Aufsichtsrat machtlos zusehen müßte, wie seine begründeten Vorschläge und Anregungen einfach in den Wind geschlagen werden und er die entsprechenden Maßnahmen erst er-

---

[6] Zur Trennung der Geschäftsführung vom übrigen Teil der Verwaltung äußert sich Jaißle 17 folgendermaßen: Dadurch wird der Aufsichtsrat vom Gesetzgeber auf eine Warte gestellt, von welcher aus die Erfüllung der ihm gestellten Aufgaben nicht möglich ist, da infolge der Trennung der Geschäftsführung von der Verwaltung der organische Konnex zur wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt. — Vgl. Hallstein 297. Nach seinen Untersuchungen sind trotz der Tendenz aller Gesetze zu einer einheitlichen Geschäftsführung überall in der Praxis « Anzeichen einer dualistischen Gestaltung » bemerkbar. Vgl. ferner 299. — Fehr K. sieht in der Mitwirkung des Aufsichtsrates der Kommandit AG an der Geschäftsführung die notwendige Voraussetzung einer richtigen Kontrolle.

[7] Vgl. Akt.G. 100: Die Vorstandsmitglieder sind auf den Geschäftsbriefen mit dem Namen anzuführen.

greifen dürfte, wenn der Schaden eingetreten und es bereits zu spät ist. Wir können deshalb die Ansicht mit Schlegelberger-Quassowski[8] nicht teilen, wonach der Vorstand Weisungen des Aufsichtsrates über die Geschäftsführung nicht zu berücksichtigen habe und schließen uns der Meinung von Godin-Wilhelmi an, die es im Sinn und Zweck des Überwachungsrechtes sieht, daß der Vorstand den Bedenken des Aufsichtsrates gegen Maßnahmen seiner Geschäftsführung Rechnung tragen muß.[9] Es mutet grotesk an, daß Schlegelberger-Quassowski die Einfachheit und somit auch die Zweckmäßigkeit der Ansicht von Godin-Wilhelmi zur Lösung der entstandenen Schwierigkeiten anerkennen, sie aber dennoch ablehnen, weil sie nach ihrer Meinung nicht vollständig dem Prinzip des neuen deutschen Aktienrechts entspricht.

Eine strenge Anwendung der Bestimmung, daß Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden können (Akt.G. 95 V), müßte sich unbedingt nachteilig für die Gesellschaft auswirken.

Noch mehr als durch seine Überwachungspflicht kann der Aufsichtsrat durch eine andere Vorschrift zum Vorgesetzten des Vorstandes werden, nämlich durch das Recht, daß Satzung oder Aufsichtsrat bestimmen kann, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen (Akt.G. 95 V). Das will nun nicht viel anderes heißen, als daß der Aufsichtsrat, wenn er es als zweckmäßig erachtet, dennoch in der Lage ist, sich eine dem Verwaltungsrat ähnliche Stellung zu verschaffen, und die Pflichten und Rechte des Vorstandes entsprechend denjenigen einer Direktion einzuschränken. Je mehr Einfluß der Aufsichtsrat auf die Geschäftsführung gewinnen will, umso mehr wird er sich die Zustimmung zu den Geschäften vorbehalten. Häufig stellen die Satzungen eine Liste über die Art der Geschäfte auf, die durch den Aufsichtsrat genehmigungspflichtig sind. Diese Aufzählung umfaßt jedoch nur einen Teil dieser Geschäfte, was meistens durch den Schlußsatz «Der Aufsichtsrat kann noch andere Arten von Geschäften bestimmen, die nur mit seiner Zustimmung

---

[8] § 95 N. 4, vgl. auch Gadow Anm. 18.
[9] God.Wilh. § 95 N. 11.

vom Vorstand vorgenommen werden sollen »[10], geschieht. Über die Art dieser weiteren Geschäfte kann die Geschäftsordnung Auskunft erteilen, die jedoch der Öffentlichkeit nicht zugänglich ist. Es braucht aber nicht besonders dargetan zu werden, daß alle Geschäfte von etwelcher Bedeutung vor ihrer Ausführung von der Genehmigung durch den Aufsichtsrat abhängig gemacht werden. Unbestreitbar ein kleiner Schritt ist es von der Zustimmung zu einem Geschäft bis zur Erteilung von verpflichtenden Anweisungen, das heißt zu einem direkten Eingriff in die Geschäftsführung,[11] daran werden die Kommentare nichts ändern können, auch wenn sie noch so sehr betonen, daß Akt.G. 95 V nicht der Sinn zugrunde gelegt werden dürfe, daß es ein Mittel sei, den Aufsichtsrat zum Vorgesetzten des Vorstandes zu machen.

Es gibt aber noch eine Reihe anderer Bestimmungen, die geeignet sind, die übergeordnete Stellung des Aufsichtsrates über den Vorstand hervorzuheben. Nach Akt.G. 78 I zählt es zu den Pflichten des Aufsichtsrates, für sämtliche Bezüge der Vorstandsmitglieder besorgt zu sein; aufgezählt werden Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art. Dabei hat er zu kontrollieren, daß die Löhne und Vergütungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitgliedes und zur Lage der Gesellschaft stehen. Der Vorstand wird sich deshalb nicht nur einer tadellosen Geschäftsführung befleißen, sondern auch möglichst allen Hindernissen aus dem Weg gehen, um in gutem Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat zu stehen. Akt.G. 74 I verpflichtet den Vorstand, der Gesellschaft gegenüber Beschränkungen einzuhalten, die ihm der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis festgesetzt hat.

Ohne Einwilligung des Aufsichtsrates ist es einem Vorstandsmitglied untersagt, ein Handelsgewerbe zu betreiben oder im gleichen Geschäftszweig wie die Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen (Akt.G. 79 I). Benötigen Vorstandsmitglieder Kredite, die ein Monatsgehalt übersteigen, so dür-

---

[10] So in Satz. d. Harpener Bergbau AG., § 13, u. a.
[11] Vgl. Freudiger 30.

fen sie ihm nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrates gewährt werden (Akt.G. 80 I). Mit der Zustimmung ist auch die Verzinsung und Rückzahlung des Kredites zu regeln.

II. Die Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied

Das schweizerische Recht schließt die Möglichkeit, daß ein Direktor gleichzeitig das Amt eines Verwaltungsrates bekleidet, nicht aus. Obschon nach dem Wortlaut in OR 717 II diejenigen Personen als Direktoren bezeichnet werden, denen die Geschäftsführung und Vertretung übertragen werden, ohne daß sie Aktionäre zu sein brauchen, darf daraus nicht geschlossen werden, daß nur Personen, die dem Verwaltungsrat nicht angehören, einen Direktionsposten bekleiden dürfen. Weder das Gesetz verlangt eine solche Auslegung dieser Bestimmung noch tauchen in der Praxis Gegensätze von so unüberbrückbarer Natur auf, die eine Vereinigung von Verwaltungsratsmandat und Direktionsstellung in ein und derselben Person unmöglich machen. Vielmehr liegt in der Erwähnung, daß der Direktor nicht Verwaltungsratsmitglied zu sein braucht, und die sich übrigens in zahlreichen Statuten befindet, daß es wünschenswert, wenn auch nicht absolut erforderlich ist, die Geschäftsleitung von einem Mitglied des Verwaltungsrates ausüben zu lassen.

Mit den Grundsätzen des deutschen Akt.G., zwischen den beiden Verwaltungsträgern deutlich zu trennen, läßt sich nicht in Einklang bringen, daß Mitglieder des Aufsichtsrates dem Vorstand des gleichen Unternehmens oder umgekehrt angehören. Das Gesetz hat deshalb in Akt.G. 90 I bestimmt, daß Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglieder oder dauernd Vertreter von Vorstandsmitgliedern sein können. Es soll keine Verwischung der Aufsicht zur Geschäftsführung und der Geschäftsführung selbst eintreten. Nach Schlegelberger-Quassowski ergibt sich die Unvereinbarkeit der Mitgliedschaft zu den beiden Organen zugleich aus ihrem entgegengesetzten Aufgabenkreis.[12] Noch viel weniger ist es mit der Stellung eines Aufsichtsratsmitgliedes vereinbar, daß es als

[12] § 90 N. 1.

Angestellter die Geschäfte der Gesellschaft führt (Akt.G. 90 I), da es sich sonst der unmöglichen Situation gegenübergestellt sähe, als Angestellter den Anweisungen des Vorstandes Folge leisten zu müssen, obschon er sich als Aufsichtsratsmitglied eventuell damit gar nicht einverstanden erklären könnte.[13]

Eine Ausnahme macht das Gesetz in Fällen, wo für einen im voraus begrenzten Zeitraum sich eine Vertretung von behinderten Vorstandsmitgliedern als notwendig erweist, indem es gestattet, daß Aufsichtsratsmitglieder vorübergehend in die Lücken des Vorstandes einspringen (Akt.G. 90 II). Das darf auch stattfinden, selbst wenn der Aufsichtsrat dadurch beschlußunfähig wird, da es als das kleinere Übel zu betrachten ist als eine lückenhafte Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft,[14] wie es besonders bei kleineren Gesellschaften eintreten kann. Während ihrer Tätigkeit als Vorstandsmitglieder verbietet ihnen das Gesetz ihre Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrates. Das Wettbewerbsverbot in Akt.G. 79 findet jedoch auf sie keine Anwendung, da man einem Aufsichtsratsmitglied nicht zumuten kann, daß es wegen einer vorübergehenden Änderung in seiner Stellung zur Gesellschaft seine übrigen geschäftlichen, eventuell einträglicheren Betätigungen niederlegt (Akt.G. 90 II). Im Handelsregister ist die Bestellung zum Vorstandsmitglied einzutragen (Akt.G. 73 I).

Über die Möglichkeit, daß ein Vorstandsmitglied einer Gesellschaft gleichzeitig dem Aufsichtsrat oder Vorstand einer anderen Gesellschaft angehören dürfe, schweigt das Gesetz. Entgegensprechende Gründe liegen nicht vor, die Satzung kann also in einer Bestimmung aufnehmen, daß Vorstandsmitglieder mit Zustimmung des Aufsichtsrates dem Aufsichtsrat oder Vorstand anderer Gesellschaften angehören dürfen.[15] Was vor allem die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat fremder Gesellschaften betrifft, darf die Bedeutung nicht unterschätzt werden, die dadurch zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen beiträgt.

---

[13] Vgl. Gadow § 90 Anm. 3.

[14] So Baumbach § 90 N. 2.

[15] Vgl. Satz. d. Aktiengesellschaft für Energiewirtschaft in Berlin, § 7. — Flechtheim-Wolf-Schmulewitz 203.

I. Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis

Weder das schweizerische noch das deutsche Recht anerkennen Dritten gegenüber eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis der mit der Geschäftsführung betrauten Organe, etwaige statutarische Bestimmungen in dieser Hinsicht wären unwirksam (OR 718 II, Akt.G. 74 II). Über die Geschäftsführungsbefugnis äußert sich keines der beiden Gesetze, da sie zum Innenverhältnis der Gesellschaft gehört und ihre Beschränkung keineswegs in der Vertretung zum Ausdruck zu kommen braucht. Es wird nach dem OR sogar üblich sein, daß der Direktor die Gesellschaft in Angelegenheiten nach außen vertritt, zu deren Entscheid gemäß Statuten oder Geschäftsreglement eine Beschlußfassung des Verwaltungsrates notwendig war. Die Direktion ist deshalb stets gehalten, bei der Geschäftsführung sich zu vergewissern, ob sie auch noch innerhalb der Schranken ihrer Kompetenzen handelt. Man wird einem Dritten nicht zumuten können, daß er darüber unterrichtet ist, wie weit der Direktor aus den ihm zuerkannten Befugnissen allein entscheidungsberechtigt ist und die Gesellschaft von sich aus verpflichten kann. Hat der Dritte oder konnte er von der Unzuständigkeit der mit der Vertretung befugten Personen Kenntnis haben, ist er also bösgläubig, so wird er sich bei einer eventuellen Klage der Gesellschaft nicht auf OR 718 stützen können. Überschreitet die Direktion ihren Aufgabenkreis und geht sie für die Gesellschaft nachteilige Geschäfte ein, so wird diese dennoch daraus gebunden, da nach OR 718 I die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt sind, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die im Zweck der Gesellschaft liegen können.[1] Gleicherweise hat die Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubter Handlung einzustehen, die von den mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begangen werden (OR 718 III). Ob-

[1] Die « ultra vires act » - Theorie im englischen Recht, wonach alle über den Geschäftskreis des Direktors hinausgehenden Geschäfte nichtig sind, existiert weder im schweizerischen noch deutschen Recht. Vgl. Ketterer 39 ff.

schon der Schaden durch ein nicht pflichtgemäßes Verhalten eines Direktors entsteht und er dafür als schadenersatzpflichtig erklärt werden sollte, läßt man die finanziell kräftigere Gesellschaft aus Billigkeitsrücksichten gegenüber dem Geschädigten für den Schaden aufkommen. Wie sie sich selbst am verantwortlichen Organsmitglied schadlos halten will, ist eine interne Angelegenheit.

Ausnahmen gestattet jedoch das Gesetz hinsichtlich der Vertretung der Hauptniederlassung, einer Filiale und der gemeinsamen Führung der Firma (OR 718 II). Die Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft kann ausschließlich auf die Hauptniederlassung oder eine Zweigniederlassung Dritten gegenüber wirksam beschränkt werden, sobald die entsprechenden Bestimmungen im Handelsregister eingetragen sind.[2] Das gleiche gilt für die zur Führung der Firma zuständigen Personen. Besteht die Direktion aus einem Kollegium, so ist im Zweifel und in Ermangelung einer entsprechenden statutarischen Bestimmung anzunehmen, daß alle Mitglieder, wie im Verwaltungsrat, gemeinsam vertretungsberechtigt sind.[3] Die nötigen Anordnungen darüber zu treffen fällt meist in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates, wie aus den Statuten ersichtlich ist und dürfte, wo keine spezielle Vorschrift vorliegt,[4] allgemein aus dem Recht des Verwaltungsrates, eine Direktion zu bestellen, hervorgehen. Die Befugnis zur Führung der Firma wird erteilt mit der Anordnung, daß zur Vertretung der Gesellschaft nur die laut Handelsregister zeichnungsberechtigten Personen (Direktoren, Prokuristen) berechtigt sind. Der Dritte wird sich deshalb in seinem eigenen Interesse darum kümmern, ob Eintragungen dieser Art im Handelsregister existieren. Da diese Eintragungen mehr den Charakter einer Ordnungsvorschrift[5] tragen, muß zu einer negativen Feststellung noch die fehlende Gutgläubigkeit des Dritten hinzutreten, wenn die Gesellschaft die beschränkte

---

[2] Sind mehrere zur Vertretung der Haupt- und Zweigniederlassung berechtigt, ohne aber das Vertretungsrecht tatsächlich ausüben zu können, so genügt der Eintrag derjenigen Person ins Handelsregister am Ort der Filiale, die auch in der Lage ist, die Vertretungsbefugnis auszuüben. Vgl. Z.b.JV. 58, 285 ff.

[3] Vgl. Perregaux 62, Hallstein 295, Curti 118.

[4] Vgl. Stat. d. Brown, Boveri, § 23; Wolfers 68.

[5] Vgl. Bachmann OR 653.

Vertretungsmacht ihrer zur Geschäftsführung befugten Organsmitglieder geltend machen will.[6]

Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis tritt auch ein für den Direktor (und für zeichnungsberechtigte Verwaltungsräte) durch das Verbot des Selbstkontrahierens. Das Gesetz hat eine Bestimmung darüber, die im ersten Entwurf zur Revision des OR von 1919 aufgestellt worden war, wieder fallen gelassen,[7] so daß weiterhin mit einem bundesgerichtlichen Entscheid über das Selbstkontrahieren des Vertreters diese Lücke ausgefüllt werden muß.[8] Darin wird festgehalten, daß das Kontrahieren mit sich selbst unzulässig ist, insofern sich nicht jede Übervorteilung des Vertretenen als unmöglich erweist oder wenn dem Vertreter der Abschluß des betreffenden Geschäftes ausdrücklich gestattet ist.[9] Es wird dadurch der großen Gefahr Rechnung getragen, die im Interessenkonflikt für den Vertreter entsteht, der einerseits die Interessen der Gesellschaft, anderseits seine ihr entgegenstehenden persönlichen verfechten sollte. Das Bundesgericht hat dieses allgemeine Verbot noch besonders für den vertretungsberechtigten Verwaltungsrat und somit auch für den Direktor als verpflichtend erklärt.[10] Die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren wird wohl vom Verwaltungsrat, unter Ausschluß des betreffenden Vertreters, wenn er ihm angehört, im Namen der Gesellschaft erteilt werden können.

Ebenfalls das Akt.G. erklärt jede Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes als unwirksam.[11] Im Gegensatz zum OR macht es für den Vorstand keine Ausnahmen, wie eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf Haupt- oder Zweigniederlassungen; ein Eintrag ins Handelsregister wäre zwecklos.[12] Der Vor-

---

[6] Vgl. Bl.zü.R. 32, 337 ff., wo eine Bank, trotz Mitteilung, von der beschränkten Handlungsvollmacht des Direktors keine Notiz nahm und dadurch schadenersatzpflichtig wurde. — Heß 113 a.

[7] Vgl. Egger, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, Z.f.S.R. 45, 22.

[8] BGE 39. II. 568.

[9] Unter Umständen genügt auch stillschweigende Genehmigung durch die Generalversammlung; vgl. BGE 50. II. 183 ff. (betrifft allerdings eine Einmanngesellschaft).

[10] BGE 50. II. 183, Z.b.JJV. 61, 392; Egger ZGB 54/55 N. 15.

[11] Akt.G. 74 II, vgl. Gunzinger 29 ff.

[12] So Brodmann HGB 235 N. 3.

stand einer Hauptniederlassung hat die volle Vertretung für die Zweigniederlassung, eine Trennung ist nach außen unerheblich.[13]

Im Innenverhältnis der Gesellschaft ist jedoch wie im schweizerischen Recht eine Beschränkung der Vertretungs- und somit auch der Geschäftsführungsbefugnis möglich. Das Gesetz statuiert deshalb noch im besonderen, daß der Vorstand der Gesellschaft gegenüber verpflichtet ist, die Beschränkungen einzuhalten, die von der Satzung oder dem Geschäftsreglement für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis festgesetzt worden sind oder sich aus einem Beschluß der Hauptversammlung nach Akt.G. 103 ergeben (Akt.G. 74 I). Dagegen wirken die Beschränkungen, die vom Gesetz dem Vorstand auferlegt werden, gegen jedermann; ein Geschäft kommt nicht zustande.[14]

Das Verbot des Selbstkontrahierens durch den Vorstand ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen über die Vertretung (BGB 181).[15] Im übrigen ist nach Akt.G. 97 I der Aufsichtsrat befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten. Eine spezielle Vorschrift hat das Gesetz aufgestellt, wenn es sich um die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder handelt. Der Aufsichtsrat hat seine ausdrückliche Zustimmung zu jedem Kreditgeschäft zwischen Gesellschaft und Vorstandsmitgliedern zu erteilen (Akt.G. 80 I). Der Zweck dient nicht der Beschränkung der Kreditgewährung, sondern es soll nur verhütet werden, daß sie nicht eigenmächtig oder heimlich vorgenommen werde.[16]

---

[13] Baumbach § 74 N. 3.

[14] Gesetzliche Beschränkungen finden sich u. a. in Akt.G. 80 (Kreditgeschäfte), 97 (Prozeß zwischen Gesellschaft und Vorstand), 124 (bestimmte Vergleiche und Verzichte).

[15] BGB 181: Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Vgl. Küsters 51 ff.: Es ist gesetzlich nicht ausgeschlossen, daß der Vorstand die Gesellschaft auch bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern vertritt. Das ist dann möglich, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht und nach Ausfall des mit der Gesellschaft paktierenden Vorstandsmitgliedes die übrigen Vorstandsmitglieder entsprechend der Satzung vertretungsberechtigt bleiben.

[16] Vgl. Baumbach § 80 N. 1.

II. Der Direktor im schweizerischen Recht

Es ist nicht einfach, die Stellung des Direktors im schweizerischen Aktienrecht in einem genauen Umriß darzustellen. Zu verschieden voneinander sind Kompetenzen, Aufgaben und Bedeutung, die ihm innerhalb jeder einzelnen Gesellschaft eingeräumt werden, als daß sich daraus ohne weiteres ein einheitlicher Typ herauskristallisieren ließe. Statuten und Reglemente haben in einer fast unerschöpflichen Art und Weise von dem im Gesetz großzügig gewährten Spielraum Gebrauch gemacht.[17] Man wird nicht zu weit gehen, wenn man für den Begriff «Direktor» einen Rahmen spannt, der den ersten unter den Angestellten wie die allmächtige Persönlichkeit des Unternehmens einschließt, je nachdem, ob der Verwaltungsrat die Leitung der Gesellschaft fest in den Händen hält oder seine Aufgaben schon in einer überwachenden Haltung ihr Ziel erreichen. Die Praxis hat sich im schweizerischen Aktienrecht ein Organ geschaffen, mit Hilfe dessen sie all den vielfältigen Ansprüchen, die jeder einzelnen Gesellschaft erwachsen, gerecht werden will. Deshalb verstehen wir auch die auf den ersten Blick stiefmütterlich erscheinende Behandlung der Direktion im Gesetz. Eine Normierung würde sie zu leicht in eine starre, nicht mehr jeder Situation gewachsenen Form zwängen und sie eines ihrer Hauptvorteile, der Anpassungsfähigkeit berauben.

Das charakteristische und wohl allgemeingültige Kennzeichen für den Direktor liegt in seiner Befugnis, die Gesellschaft nach außen, Dritten gegenüber, zu vertreten. Daran ändern auch Bestimmungen in den Statuten nichts, die, ohne die Vertretung zu nennen, nur von einer Übertragung der Geschäftsführung an einen Direktor sprechen. Wie wir in § 1 III gesehen haben, bildet die Vertretung regelmäßig einen Teil der Geschäftsführung. Entsprechend OR 718 I ist der Direktor befugt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die in den Zweck des Unternehmens fallen. Über die Unbeschränkbarkeit seiner Vertretungsmacht wurde im vorhergehenden Abschnitt gesprochen. Nach außen wird er deshalb die Person sein, die mit ihrer Unterschrift

[17] Perregaux 124: Les différentes fonctions des directeurs forment une vraie mosaique.

die Gesellschaft verpflichtet, ohne daß Dritte wahrnehmen werden, ob er aus eigener Kompetenz oder auf Beschluß und Anweisung des Verwaltungsrates gehandelt hat. Aus den statutarischen Vorschriften kann meistens auch nicht auf die tatsächliche Stellung des Direktors geschlossen werden. Als bestes Beispiel diene die Tatsache, daß gerade große Gesellschaften mit einem vorzüglich ausgebauten Direktionsorgan sich mit der knappen Feststellung begnügen, daß der Verwaltungsrat einen oder mehrere Direktoren wählen und ihnen einen Teil seiner Befugnisse übertragen könne. Zugegeben, der Direktor gerät dadurch in ein enges Abhängigkeitsverhältnis zum Verwaltungsrat, ohne in den Statuten für seine Handlungen einen Rückhalt zu finden. Dazu darf aber bemerkt werden, daß das auch gar nicht nötig ist, da es nie möglich ist, die Stellung des Direktors statutarisch zum vornherein festzulegen, da sie zu sehr von seinen Fähigkeiten und seiner Sachkenntnis abhängt. Eine Verschiebung der Geschäftsführungskompetenzen vom Verwaltungsrat auf die Direktion wird sich immer da ergeben, wo sich die letztere aus einer oder mehreren hervorragenden, tatkräftigen Personen zusammensetzt. Durch sein überlegenes Auftreten wird der Direktor seinen Standpunkt auch einem weniger fähigen Verwaltungsrat gegenüber zu wahren wissen. Anderseits werden vernünftige Verwaltungsratsmitglieder sich hüten, durch eine kleinliche und schikanöse Haltung die Initiative und Verantwortungsfreudigkeit eines erfolgreichen Direktors zu lähmen.

Nicht überall ist vorgesehen, daß der Direktor sich mit der gesamten Geschäftsführung befaßt. Wir denken etwa an Unternehmen industrieller Art, wo eine Zweiteilung in kaufmännische und technische Direktion recht zahlreich anzutreffen ist. Häufiger wird jedoch der Grund, daß die Kompetenzen auf Teile der Geschäftsführung beschränkt werden, darin zu suchen sein, daß sich der Verwaltungsrat einen gewissen Einfluß auf die Leitung der Geschäfte wahren will. Er wird dies umso eher tun, je mißtrauischer er einem Direktor gegenübersteht. Man wird dem Verwaltungsrat, gerade bei einer Neubesetzung des Direktionspostens deswegen keinen Vorwurf machen, will er sich doch nur vergewissern, ob der neue Direktor den ihm gestellten Anforderungen gewachsen sei und das in ihn gesetzte Vertrauen rechtfertige. Erfüllt

oder übertrifft er sogar die Erwartungen, so wird ihm der Verwaltungsrat einen erweiterten Geschäftskreis einräumen, was ausdrücklich durch Abänderung des Geschäftsreglementes wie durch stillschweigende Genehmigung[18] von Geschäften, die der Beschlußfassung des Verwaltungsrates unterliegen, geschehen kann, wobei letzteres, wenn es auch in der Praxis oft vorkommt, wegen allfälligen Verantwortlichkeitsklagen nicht zu empfehlen ist.

Der Direktor wird die Gesellschaft auch gerichtlich vertreten.[19] Ihm obliegt auch die Anstellung und Entlassung von Angestellten, dabei kann sich aber der Verwaltungsrat bei einer gewissen Besoldungshöhe ein Mitspracherecht vorbehalten.[20] Er wird deshalb in den Augen des Personals meist als der allgewaltige Mann des Unternehmens angeschaut, was ihm oft nicht wenig Neid und Mißgunst eintragen wird. In seiner Eigenschaft als Personalchef wird er häufig in Lagen versetzt, die viel Einsicht und Takt erfordern. Details über die Kompetenzen des Direktors finden sich fast nur noch in älteren Statuten; mit einem Reglement ist den Bedürfnissen besser gedient. Regelmäßig behält sich der Verwaltungsrat die Genehmigungspflicht bei Veräußerungen, Käufen, Bauten, Aufträgen vor, sobald sie Summen von einer gewissen Höhe erreicht haben. Mit einer negativen Feststellung wird etwa konstatiert, was alles in die Kompetenz des Direktors fällt, um einer langatmigen Aufzählung aus dem Weg zu gehen. Der Direktor wird auch meistens an den Sitzungen des Verwaltungsrates mit beratender Stimme beiwohnen, was in einzelnen Statuten noch besonders erwähnt wird.

Das deutsche Recht kannte vor dem neuen Gesetz die Bezeichnung Direktor ebenfalls, da ihm aber, nicht wie in der Schweiz, rechtlich keine besondere Bedeutung zukam, blieb es mehr ein Titel, der wegen seines Ansehens im gesellschaftlichen Leben geschätzt wurde. Davon zu unterscheiden und nicht zu unterschätzen war die Stellung des sogenannten Generaldirektors, dem heute ungefähr der Vorsitzende des Vorstandes gleichkommt.[21]

---

[18] Vgl. König 78.
[19] Vgl. Stat. d. Maschinenfabrik Oerlikon, § 24.
[20] Vgl. Stat. d. v. Roll', § 25.
[21] Vgl. Gadow § 70 Anm. 17, Flechtheim-Wolff-Schmulewitz 165, a.M. Schl.Qu. N. 16, die es als reinen Ehrentitel bezeichnen.

III. Die Stellung des Vorstandes

Den Vorstand des Akt.G. mit der Direktion der schweizerischen AG schlechthin zu identifizieren, wäre verfehlt. Noch weniger läßt sich eine Gegenüberstellung von Vorstand und Verwaltungsrat rechtfertigen.[22] Rein auf den Text der beiden Gesetze abgestellt, weist der Vorstand Elemente sowohl des Verwaltungsrates wie der Direktion auf. In der Praxis wird aber häufig eine so entscheidende Umgruppierung der Kompetenzen des Verwaltungsrates auf die Direktion vorgenommen, daß diese in ihren Funktionen nicht mehr erheblich vom Vorstand absticht.[23] Dabei wird man sich immer einen elementaren Unterschied der beiden Organe vor Augen halten müssen, nämlich, daß die Direktion in erster Linie durch den Willen der Gesellschaft, das heißt durch den in ihrem Auftrag handelnden Verwaltungsrat zu ihrer Bedeutung gelangt, währenddem der Vorstand zum vornherein eine vom Gesetz geregelte Stellung einnimmt.

Die Stellung des Vorstandes ergibt sich eindeutig aus Akt.G. 70 I als der verantwortliche Leiter und Geschäftsführer der AG. Er wird dadurch ohne weiteres zu einem notwendigen Organ der Gesellschaft. Der Vorstand kann ein- oder mehrgliedrig sein. Je nach Umfang und Aufgaben des Unternehmens werden die nötigen Bestimmungen in der Satzung erlassen. Tritt durch eine nicht vollständige Besetzung des Vorstandes ein Mangel in der Vertretung der Gesellschaft ein, so kann das Gericht auf Antrag eines Beteiligten eine Ergänzung vornehmen, bis der normale Zustand wieder hergestellt ist (Akt.G. 76). Das Gesetz begnügt sich nicht mit der Feststellung, daß für seine Tätigkeit das Wohl des Betriebes und der Gefolgschaft wegleitend sei, sondern sein Handeln soll immer auf den gemeinen Nutzen von Volk und Reich gerichtet sein (Akt.G. 70 I).[24] Mit der Bestimmung, daß der Vorstand neben den Interessen des Unternehmens auch den Nutzen von Volk und

---

[22] a.M. Freudiger 15.

[23] In alten Satzungen ist neben der Bezeichnung « Vorstand » auch noch « Direktion » anzutreffen.

[24] Amtl.Begr. zu § 70: Die Wahrung dieser Richtlinien gehört zu den Grundsätzen einer verantwortungsbewußten Wirtschaftsführung.

Reich berücksichtigen soll,[25] ihm also noch ausdrücklich volkswirtschaftliche Pflichten auferlegt werden,[26] prägt das deutsche Recht der rein privatrechtlich organisierten AG ein öffentlichrechtliches Merkmal auf, das bereits ein erster Schritt zu weiteren bedeuten kann, um schließlich die AG gänzlich in die staatliche Wirtschaft überzuführen.

Verbunden mit der Geschäftsführung ist die Vertretung der Gesellschaft durch den Vorstand, die ihren gesetzlichen Niederschlag in Akt.G. 71 gefunden hat. Wie der Gesetzgeber ausdrücklich sagt, wird die AG durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten (Akt.G. 71 I). Nach außen ist seine Vertretung, abgesehen von den gesetzlichen Vorschriften, grundsätzlich unbeschränkbar. Nach innnen hat sich der Vorstand an die Bestimmungen der Satzungen, an die Weisungen des Aufsichtsrates und der Generalversammlung im Rahmen von Akt.G. 103 zu halten. Ein Vorstandsmitglied nimmt also einen derart verantwortungsvollen Posten ein, daß es das unbedingte Vertrauen der Gesellschaft, vor allem aber das des Aufsichtsrates benötigt. Setzt sich der Vorstand aus mehreren Personen zusammen, so sind im Zweifel sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Gesellschaft befugt (Akt.G. 71 II).[27] Die Satzung ist jedoch berechtigt, die Vertretungsbefugnis auf einzelne Mitglieder des Vorstandes zu beschränken. Beim Durchblättern von Satzungen ist auffallend häufig die Bestimmung anzutreffen, daß die Gesellschaft bei einem mehrgliedrigen Vorstand von zwei Mitgliedern oder von einem in Verbindung mit einem Prokuristen vertreten werde, wozu Akt.G. 71 III die gesetzliche Unterlage gibt.[28] Die Möglichkeit, die Gesellschaft

---

[25] Vgl. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, vom 20. Januar 1934, § 1 (siehe § 8 IV, Anm.).

[26] Vgl. Rosendorff 70, dazu Rathenau 38 und seine Ansicht über das Großunternehmen.

[27] Nicht einig ist man in der Literatur, ob auch Gesamtgeschäftsführung anzunehmen sei, wenn die Satzung keine Bestimmungen darüber enthält, wie Schl.Qu. § 70 N. 12, God.Wilh. N. 4 der Ansicht sind, oder ob Mehrheitsbeschluß genüge nach der Ansicht von Ritter N. 6, Brodmann HGB 231 N. 2 a.

[28] Vgl. RGZ 134. 303 ff. Die Prokuristen erhalten in diesem Fall die Befugnis des Vorstandes und nicht die des Prokuristen, ohne aber gesetzliche Vertreter der Gesellschaft zu werden. Vgl. auch RGZ 102. 328.

auch bloß durch zwei Prokuristen vertreten zu lassen,[29] darf nicht mißverstanden werden. Dies bedeutet auf keinen Fall, daß dadurch der Vorstand von der Vertretung ausgeschlossen sei, das würde gegen das Verbot der Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes verstoßen und wäre mit seiner Stellung als verantwortlicher Leiter der Gesellschaft unvereinbar.[30] Der Zweck dieser Anordnung wird darin zu suchen sein, daß sich der Vorstand eine Entlastung verschaffen will, indem er für gewisse oder für alle Geschäfte die Gesellschaft durch die Zeichnung von zwei Prokuristen verpflichten läßt (sogenannte unechte Gesamtvertretung).

Eine Arbeitsteilung in der Geschäftsführung wird sich bei allen größeren AG als unumgänglich notwendig erweisen. Wie die Direktion wird sich der Vorstand eines industriellen Unternehmens sowohl aus kaufmännisch wie aus technisch geschultem Personal zusammensetzen. Demnach ist der Vorstand auch befugt, einzelne seiner Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften zu ermächtigen (Akt.G. 71 II). Die Mitglieder werden aber durch diese Verteilung ihrer Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung der andern nicht enthoben.[31]

Ist eine Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft abzugeben, so kann sie rechtsgültig an einzelne Vorstandsmitglieder gerichtet werden (Akt.G. 71 II). Praktische Erwägungen haben zu dieser Anordnung geführt, da ein ungehemmter Geschäftsverkehr undenkbar wäre, müßte jede Erklärung an sämtliche Vorstandsmitglieder gerichtet werden.[32]

Der Vorstand hat sich auch stets bewußt zu sein, daß er unter eigener Verantwortung handelt. Er wird sich nicht damit entlasten können, daß er mit Zustimmung des Aufsichtsrates gehandelt habe. Wo er glaubt, die Verantwortung für einen Entschluß nicht allein tragen zu können, hilft Akt.G. 103. Der Vorstand kann in

---

[29] Vgl. Satz. d. Gesellschaft für elektr. Unternehmungen AG., § 9, Daimler-Benz, § 7. — Die Behauptung von Schlegelberger-Quassowski, § 71 N. 13, daß das Registergericht eine Satzungsbestimmung verweigern würde, wonach die Gesellschaft entweder durch zwei Vorstandsmitglieder oder durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen oder durch zwei Prokuristen vertreten werde, ist damit umgestoßen.

[30] Vgl. Schl.Qu. § 71 N. 12, Brodmann HGB N. 2 b.

[31] Vgl. Baumbach § 70 N. 3, RGZ 98. 100.

[32] Vgl. Gunzinger 28.

Fragen der Geschäftsführung den Entscheid der Hauptversammlung verlangen, die einzig auf diese Weise in die Geschäftsführung eingreifen kann.

Auf Grund des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit ist ein Vorstandsmitglied zum Betriebsführer zu ernennen. Bei der AG dürfte, bei richtiger Auslegung des Gesetzes, regelmäßig der Vorstand von § 3 II Gebrauch machen und eines seiner Mitglieder zum Betriebsführer ernennen. Dem damit beauftragten Vorstandsmitglied erwächst daraus noch keine besondere Stellung im Kreise seiner Kollegen, wie etwa dem Vorstandsvorsitzer. Wo das dennoch geschieht, beruht es auf einer falschen Auslegung des Begriffes des Betriebsführers.[33]

V. Der Vorsitzende des Vorstandes als Führer des Unternehmens

Der Gesetzgeber war sich bewußt, daß eine einheitliche Führung der Geschäfte nur zum Nutzen der Gesellschaft gereichen werde. Je kleiner das Kollegium ist, das zu entscheiden hat, um so beweglicher wird es in seinen Beschlüssen sein. Der Idealfall liegt in einem Vorstand, der nur aus einer Person besteht, währenddem bei einem mehrgliedrigen Vorstand die zweckmäßigste Lösung darin zu finden ist, daß ein einzelnes Vorstandsmitglied mit mehr

---

[33] Vgl. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Die einschlägigen Bestimmungen lauten:

§ 1. Im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat.

§ 2. I. Der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden. — II. Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.

§ 3. I. Bei juristischen Personen und Personengesamtheiten sind die gesetzlichen Vertreter Führer des Betriebes. — II. Der Unternehmer oder bei juristischen Personen und Personengesamtheiten die gesetzlichen Vertreter können eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person mit ihrer Stellvertretung betrauen; dies muß geschehen, wenn sie den Betrieb nicht selbst leiten. In Angelegenheiten von geringerer Bedeutung können sie auch eine andere Person beauftragen. — III. Wird dem Führer des Betriebes die Befähigung zum Führer gemäß § 38 durch das Ehrengericht rechtskräftig aberkannt, so ist ein anderer Führer des Betriebes zu bestellen.

Vgl. v. Godin 749 ff. zum Begriff des Betriebsführers.

Kompetenzen ausgestattet wird als seine Kollegen. Aus diesen oder ähnlichen Erwägungen bestimmt Akt.G. 70 II, daß ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzer des Vorstandes ernannt werden kann und räumt ihm das Recht ein, bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand selbst zu entscheiden, ausgenommen die Satzung bestimme etwas anderes. Die Gefährlichkeit dieser Vorschrift ist nicht zu verkennen, deshalb besteht wohl auch die Möglichkeit, in der Satzung eine andere Ordnung zu treffen. Der Vorsitzende des Vorstandes erhält eine enorme Machtstellung in der Gesellschaft, er wird zum Führer des Unternehmens. Bei Meinungsverschiedenheiten darf er entscheiden, frei von sich aus, an die Meinungen seiner Kollegen ist er nicht gebunden. Was nach seiner Auffassung das Richtige ist, das wird beschlossen. Den übrigen Vorstandsmitgliedern bleibt es demnach anheimgestellt, sich seiner Meinung anzuschließen oder es sein zu lassen, das ändert nichts an der Sache; als seine Angestellten werden sie weiter amten. Dies bedeutet gar nichts anderes, als das so verpönte Generaldirektorenprinzip[34] unter einem anderen Vorzeichen wieder auferstehen zu lassen. Männer von so überragenden Fähigkeiten, daß ihnen allein ein großes Unternehmen mit Erfolg anvertraut werden kann, sind dünn gesät. Anfangserfolge und Glück können einen Vorstandsvorsitzer nur zu leicht zu gewagten Geschäften verführen und ihn die Bedenken seiner Kollegen in den Wind schlagen lassen, bis eine Katastrophe über die Gesellschaft hereinbricht. Wo ein Vorstandsmitglied die Handlungen des Vorsitzenden nicht mehr zu billigen vermag, wird es seine Einwilligung verweigern, den Aufsichtsrat darauf aufmerksam machen und eventuell sogar kündigen.[35]

Nach der Meinung von Schlegelberger-Quassowski[36] ist der Vorsitzer gehalten, die Äußerungen und Ansichten der übrigen Vorstandsmitglieder, besonders wenn es sich um ein Spezialgebiet handelt, einzuholen. Wenn er sich nicht an ihre Ratschläge hält, was er ja nicht braucht, so wird das recht wenig nützen. Auch die Einwendung, daß der Vorsitzer nur bei Meinungsverschiedenheiten entscheiden könne, steht auf schwachen Füßen. Eine Meinungs-

---

[34] Vgl. Schl.Qu. § 70 N. 1.
[35] Vgl. Baumbach § 70 N. 1.
[36] § 70 N. 1.

verschiedenheit wird sich sehr leicht herbeiführen lassen, es braucht nur ein Vorstandsmitglied einen von den übrigen verschiedenen Standpunkt einzunehmen.

Das Risiko, das mit der Ernennung eines Vorstandsvorsitzers entsteht, ist deshalb für die Gesellschaft nicht zu unterschätzen. Die Vorzüge, die ein mehrgliederiger Vorstand gewährt, drohen dahinzufallen, da ein überlegtes Abwägen und Beraten von Mehreren Gefahr läuft, dem Willen eines Einzelnen nachgeben zu müssen. Die große Schattenseite in dieser Bestimmung wurde in der Praxis auch klar erkannt, was aus statutarischen Vorschriften hervorgeht, wie zum Beispiel: Der Aufsichtsrat kann aus dem Kreise der Vorstandsmitglieder einen Vorsitzer des Vorstandes ernennen. Diesem steht jedoch bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand keine Entscheidungsbefugnis zu.[37] Andere Satzungen schweigen sich überhaupt aus, was begreiflich ist, da es schwierig oder überhaupt nicht möglich sein wird, Stellung zu beziehen, solange man nicht weiß, ob die Gesellschaft ein zum Vorstandsvorsitzer geeignetes Mitglied auf längere Zeit oder überhaupt je besitzen wird.

V. Die Zeichnung

Das Recht zur Führung der rechtsverbindlichen Unterschrift für die Gesellschaft ist die nach außen am deutlichsten zu Tage tretende Vertretungsbefugnis. Direktor und Vorstandsmitglied werden nur dann in der Lage sein, die Gesellschaft tatsächlich zu vertreten, wenn sie sie mit ihrer Unterschrift auch verpflichten können. Irgendwelche besondere Vorschriften stellt das schweizerische Recht nicht auf, denn OR 719 lautet:

---

[37] Vgl. Satz d. Gesellschaft für elektrische Unternehmungen, § 8, Satz. d. Daimler-Benz, § 6. Auf eine interessante Art hat die Satzung der Stuag AG., Wien, die gefährliche Klippe umschifft mit nachstehender Bestimmung: Ernennt der Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied zum Vorsitzer des Vorstandes, so stehen diesem die Befugnis gemäß § 70, Satz 2 Akt.G. nur dann zu, wenn der Aufsichtsrat hierüber entsprechenden Beschluß faßt. — Damit ist die Möglichkeit gegeben, einen Vorsitzer zu bestellen, ihm aber nur dann, wenn er die erforderlichen Fähigkeiten auch tatsächlich besitzt, die im Gesetz vorgesehene Vorzugstellung einzuräumen.

Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen haben in der Weise zu zeichnen, daß sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügen.

Für die Firma kann ein Stempel benützt werden oder sie kann, wie der Inhalt des Schriftstückes, in Maschinenschrift (Handschrift dürfte selten mehr anzutreffen sein) ausgeführt sein. «Der Direktor» oder «Die Direktion» kann der Firma beigefügt sein, ohne ein notwendiges Erfordernis zu bilden. Ebensowenig ist die Firma mit dem Sitz der Gesellschaft näher zu bezeichnen, die nötigen Angaben werden sich ja regelmäßig dem Briefkopf entnehmen lassen. Es liegt im freien Ermessen der Gesellschaft, wie sie ihre Unterschrift gestaltet haben will, dem Gesetz ist Genüge getan mit der Beifügung des Namens des Zeichnungsberechtigten zur Firma. Wo ein Direktor zufällig ohne Firmenangabe zeichnet, wird gewöhnlich deswegen nicht Ungültigkeit des Inhalts des Schriftstückes anzunehmen sein, besonders dann nicht, wenn er Verpflichtungen mit einem Unternehmen eingeht, das zur Gesellschaft in ständigem Geschäftsverkehr steht. OR 719 trägt mehr den Charakter einer Ordnungsvorschrift, die für die Rechtsverbindlichkeit nie die strenge Innehaltung der Form, wie zum Beispiel bei Wechsel- und Checkzeichnung oder anderen Formakten zur Voraussetzung hat. Wo Zweifel entstehen in der Zeichnung für die AG, dürfen auch hier die Grundsätze über Treu und Glauben herangezogen werden.[38]

Der Direktor kann allein zeichnungsberechtigt sein oder nur Kollektivunterschrift besitzen. Das Zweite trifft zu, wenn er nur in Verbindung mit anderen Personen, weiteren Direktoren, mit einem Verwaltungsrat oder einem Prokuristen für die Gesellschaft rechtsverbindlich zeichnen kann.[39] Unter mehreren Direktoren

---

[38] Vgl. Z.b.J.V. 74, 98 ff., Bachmann OR 652, BGE 10. 376, Pfyffer 83.

[39] Vgl. Stat. d. Brauerei Feldschlößchen AG., § 24: Die rechtsverbindliche Unterschrift für die Gesellschaft führen die vom Verwaltungsrat zu bezeichnenden Delegierten, Direktoren und Prokuristen. Sie kann als Einzel- oder Kollektivunterschrift erteilt werden. — Näheres über die Zulässigkeit der Kollektivunterschrift vgl. Curti 119 ff. — In einem jüngsten Entscheid hat das Bundesgericht die Frage, ob ein Prokurist Verwaltungsratsmitglied sein könne, wie es zu erwarten war, bejaht. Vgl. NZZ 30. 12. 41, Nr. 2144. — Bl.zü.R. 32, 330 ff. Nichtbeachtung der beschränkten Zeichnungsbefugnis trotz Kenntnis macht den Gegenkontrahenten schadenersatzpflichtig.

kann aber auch wieder jeder einzelne zeichnungsberechtigt sein, je nach den Bestimmungen in den Statuten bzw. Satzungen oder Reglementen.[40] Die Kollektivunterschrift hat den Vorteil, dem allzu eigenmächtigen Auftreten des Einzelnen vorzubeugen und die Verantwortung auf mehrere Personen zu verteilen. Wer als Prokurist zeichnet, hat das durch ein Zeichen vor der Unterschrift kenntlich zu machen, was gewöhnlich durch pp. oder ppa. (per procura) geschieht. Das gleiche gilt für den Handlungsbevollmächtigten, der sein Verhältnis zur Gesellschaft meistens mit i. V. (in Vollmacht) zu erkennen gibt.

Für den Direktor wie für die übrigen zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen besteht die Pflicht, daß sie von der Verwaltung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, was unter Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses zu geschehen hat (OR 720). Ihre Unterschrift haben sie beim Handelsregisteramt selbst zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen. Unter den gleichen Vorschriften wie für die Anmeldung ist auch jede Änderung der Unterschriftsverhältnisse anzuzeigen.[41]

Darüber dürften keine Zweifel bestehen, daß der Direktor mit einer vorschriftsgemäßen Zeichnung die Gesellschaft, nie aber sich selbst einem Dritten gegenüber berechtigt oder verpflichtet. Er wird nur dann, intern, seiner Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig, wenn er die ihm in den Statuten und Reglementen erteilten Kompetenzen eigenmächtig überschreitet.

Das für das OR gesagte gilt im allgemeinen auch für das Akt.G. Das deutsche Recht schafft noch eine kleine Erweiterung, indem zur Unterschrift entweder die Angabe der Firma oder auch noch die Benennung als Vorstand hinzuzufügen ist (Akt.G. 72). Es ist aber eine Ordnungsvorschrift wie im schweizerischen Recht.[42] Rechtlich ausschlaggebend ist, daß die Absicht, für die Gesellschaft zu zeichnen, zweifelsfrei zum Ausdruck kommt.

---

[40] Vgl. Stat. d. v. Roll', § 23: Die Direktion unterzeichnet rechtsverbindlich unter der Firma der Gesellschaft sämtliche Erlasse derselben. Besteht sie aus mehreren Mitgliedern, so hat jedes die rechtsverbindliche Unterschrift.

[41] Vgl. Bachmann OR 653.

[42] Vgl. Baumbach § 72 N. 1.

Die Satzung darf, wie sich aus Beispielen zeigt, Bestimmungen darüber aufstellen, wie zu zeichnen ist und wer für gewisse Geschäfte dazu berechtigt ist.[43] Tritt eine Änderung unter den Vorstandsmitgliedern ein, so haben die neuen Mitglieder ihre Unterschrift zur Aufbewahrung beim Gericht zu zeichnen (Akt.G. 73 III).

VI. Die Namensangabe

Die Anonymität der Aktiengesellschaft hat nicht unwesentlich zu ihrem Aufschwung beigetragen, leider auch vielfach aus unlauteren Gründen. Unter dem Deckmantel der AG sind immer wieder Schiebereien und Geschäfte dubiosen Charakters unternommen worden, die, wären die Namen der beteiligten Personen mehr publik gewesen, unterblieben wären. Im Kampfe gegen unlautere Machenschaften im Gebiete der AG, als eine der Hauptaufgaben des modernen deutschen Aktienrechts, wurde mit der Namensangabe eine weitere neue Bestimmung aufgenommen.[44] Die Abschaffung der Inhaberaktie als Quell der Anonymität wurde auch erwogen, dann aber wieder fallen gelassen, da die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft zu sehr darunter leiden würde.[45] So entschloß man sich, die mit der Leitung betrauten und für die Gesellschaft verantwortlichen Personen in vermehrterem Maße als bisher nach außen hervortreten zu lassen. Der Eintrag im Handelsregister wird als ungenügend erachtet. Deshalb schreibt Akt.G. 100 vor, daß sämtliche Vorstandsmitglieder sowie der Vorsitzer des

---

[43] Vgl. Satz. d. Mez, § 14: Die Firma der Gesellschaft wird in der Weise gezeichnet, daß die Zeichnungsberechtigten der geschriebenen, gestempelten oder gedruckten Firma der Gesellschaft ihre Namensunterschrift beifügen, und zwar die Prokuristen mit einem das Prokuraverhältnis andeutenden Zusatz.

Satz. d. Deutschen Überseeischen Bank, § 10, 3: Zur Erteilung von Quittungen, Ausstellung von Rechnungen und Empfangsbescheinigungen, zur Ausstellung und Indossierung von Wechseln, Anweisungen und Schecks, zur Indossierung von Lagerscheinen, Schiffsladescheinen und Policen sowie zur Annahme von Wechseln oder zur Vornahme einzelner dieser Geschäfte genügt die Handzeichnung von zwei Bevollmächtigten, die hierzu durch den Vorstand bestellt sind.

[44] Schl.Qu. § 100 N. 1: Die nationalsozialistische Rechts- und Wirtschaftsauffassung sieht die iuristische Person nicht durch die Brille der iuristischen Fiktion, sondern sie sieht ihr tatsächliches Erscheinungsbild.

[45] Vgl. God.Wilh. § 100, Rosendorff 71. Die Inhaberaktie verdrängte zum größten Teil die ursprünglich als Normalfall gedachte Namenaktie

Aufsichtsrates auf allen Geschäftsbriefen mit dem Familiennamen und mindestens einem Vornamen, der ausgeschrieben sein muß, angeführt werde. Der Vorsitzer des Vorstandes hat als solcher unter den übrigen Mitgliedern hervorzutreten. « Jeder, der mit der Gesellschaft in Verbindung steht, muß ohne weitere Nachforschung ersehen können, in wessen Händen die Geschicke der Gesellschaft liegen, der er sein Geld anvertraut oder mit der er Geschäfte schließen will.»[46] Die Vorschrift ist zwingend für sämtliche Vorstandsmitglieder, auch für die stellvertretenden. Sie ist dem englischen Aktienrecht entnommen worden und hätte auch für das OR eine begrüßenswerte Neuerung bedeutet.

In der Durchführungsverordnung [47] § 19 sind die Ausnahmefälle dieser Bestimmung erwähnt. Der Namensangabe bedarf es nicht auf Geschäftsbriefen, die an Empfänger im Ausland gerichtet sind, ebenfalls öffentliche Werbeschriften, Quittungen, Begleitnoten, allgemeine Anzeigen und teilweise auch Rechnungen sind davon befreit. Das Gesetz gibt keine Definition über den Geschäftsbrief.[48]

Mit der gleichen Absicht, die Anonymität der AG abzuschwächen, hat die Namensangabe sämtlicher Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates im Geschäftsbericht wie im Jahresabschluß zu erfolgen (Akt.G. 128 IV, 144 I), eine Bestimmung, die im schweizerischen Recht, wenigstens für den Geschäftsbericht, Übung ist. Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften, sei es vorsätzlich oder fahrlässig, ist unter Strafe gestellt (Akt.G. 301).

Das OR läßt es bewenden mit dem Eintrag in das Handelsregister der mit der Leitung der Gesellschaft betrauten Personen. Trotz der Öffentlichkeit des Handelsregisters ist diese Maßnahme weit davon entfernt, die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen nach außen einigermaßen hervortreten zu lassen; die schweizerische AG bleibt eine anonyme Gesellschaft.[49]

---

[46] Amtl.Begr. zu § 100.

[47] Vgl. Durchf.VO. z. Akt.G. vom 29. September 1937.

[48] z. B. als: Jede geschäftliche Mitteilung, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet ist. Vgl. Schl.Qu. § 100 N. 3.

[49] Aus anderen Motiven und mit anderer Wirkung als im Akt.G. kann sich die schweizerische AG., wenigstens intern, von der reinen Kapitalgesellschaft lossagen mit dem Recht, bestimmten Personen die Eintragung im Aktienbuch grundlos zu verweigern, also mit Ablehnung ihrer Mitgliedschaft. Vgl. Fehr H. 76.

VII. Die Konkurrenzklausel

Wir haben zu unterscheiden zwischen der Konkurrenz während des Anstellungsverhältnisses und nach Auflösung des Dienstvertrages. Letzteres richtet sich nach den allgemeinen Regeln über den Dienstvertrag und interessiert uns hier nicht mehr näher.

Das schweizerische Recht, im Gegensatz zum Akt.G., hat es unterlassen, für seine zur Geschäftsführung befugten Personen ein Konkurrenzverbot aufzustellen. Es bleibt demnach im Ermessen der Gesellschaft, ob sie ihrem Direktor neben seiner Tätigkeit für das Unternehmen noch die Erlaubnis erteilen will, auf eigene oder fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben oder sogar im Geschäftszweig der Gesellschaft tätig zu sein. Das wird nun höchst selten der Fall sein und dürfte mit einer Klausel im Anstellungsvertrag, zum Beispiel daß der Direktor seine ganze Zeit und Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft zu stellen habe, bereits ausgeschlossen sein.[50] Ebenfalls die Statuten können vorschreiben, daß die Bewilligung durch den Verwaltungsrat nötig sei, wenn die Mitglieder der Direktion ein Amt bekleiden, ein anderes Geschäft betreiben oder sich dabei aktiv beteiligen wollen.[51] Aber selbst wo Statuten, Reglemente und Vertrag nichts enthalten, was den Direktor ausschließlich und nur für die Gesellschaft verpflichtet, dürfte es mit seiner Stellung nicht in Einklang zu bringen sein, daß er daneben noch andere Geschäfte betreibt. Der Verwaltungsrat wird ihm eine Verwarnung erteilen in leichten Fällen, oder ihm sofort kündigen, wenn er mit der Nebenbeschäftigung seine Pflichten verletzt oder seine Tätigkeit sogar den Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft. In diesem Fall riskiert der Direktor, der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig zu werden.

Das deutsche Recht hat in Akt.G. 79 das Wettbewerbsverbot der Vorstandsmitglieder ziemlich eingehend normiert. Wollen die Vorstandsmitglieder ein Handelsgewerbe betreiben oder auf dem gleichen Gebiet, in dem die Gesellschaft tätig ist — sei es für eigene oder fremde Rechnung — Geschäfte machen, so bedürfen sie der Einwilligung des Aufsichtsrates (Akt.G. 79 I). Sie werden

---

[50] Vgl. God.Wilh. § 79 N. 2.
[51] Vgl. Stat. d. Winterthurer Lebensversicherungsgesellschaft, § 27.

also auch nicht als Strohmänner für Dritte einspringen können. Ebensosehr verbietet ihnen das Gesetz, sich an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter zu beteiligen.

Obschon ein Verstoß gegen dieses Verbot eine so starke Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft hervorrufen dürfte, daß sie sich mit der Stellung des Vorstandsmitgliedes nicht mehr reimt, hat das Gesetz für alle Fälle auch hier eine nähere Regelung aufgestellt. So kann die Gesellschaft einmal Schadenersatz fordern, an dessen Stelle kann sie aber auch verlangen, daß das Mitglied die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte auf Rechnung der Gesellschaft übertrage und die Vergütung, die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogen wurden, herausgebe oder den Anspruch auf die Vergütung abtrete (Akt.G. 79 II). Währenddem bei einem Begehren auf Schadenersatz der Eintritt nachträglich immer noch möglich sein wird, trifft das Umgekehrte nicht zu.[52] Darüber, was vorzukehren sei, entscheidet der Vorstand, solange er noch vertretungsberechtigt ist, sonst aber der Aufsichtsrat.

Wie Akt.G. 79 III ausführt, verjähren die Ansprüche der Gesellschaft in drei Monaten vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme der zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung durch die übrigen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Auf alle Fälle verjähren sie in fünf Jahren seit ihrer Entstehung, wobei es keine Rolle spielt, ob ein Schaden eingetreten ist oder nicht.

Gemäß Akt.G. 85 gilt das Wettbewerbsverbot der Vorstandsmitglieder auch für ihre Stellvertreter.

§ 9. Die Pflichten aus der Geschäftsführung

I. Gesetzliche

Beide, das schweizerische und das deutsche Aktienrecht, drükken sich recht allgemein aus über die Pflichten, die aus der Geschäftsführung den dazu befugten Organen entspringen. Das OR

[52] Vgl. Baumbach § 79 N. 3.

ermächtigt die zur Vertretung berechtigten Personen, für die Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (OR 718 I). Im Vergleich zum deutschen Recht ist das eine höchst nüchterne Feststellung. Trotz des farblosen Ausdrucks «Zweck»[1], wie ihn das Gesetz braucht und der gar vieles in sich schließen kann, wird man dahinter doch den Sinn suchen müssen, daß die Rechtshandlungen erfolgbringend für die Gesellschaft sein sollen.

Da das Gesetz dem Verwaltungsrat das Recht erteilt, von den zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Personen in einer Sitzung Auskunft über den Geschäftsgang und über einzelne Geschäfte zu verlangen (OR 713 I), wird es auch zu den gesetzlichen Pflichten des Direktors zählen, die gewünschte Auskunft zu erteilen. Eine Schweigepflicht gegenüber dem Verwaltungsrat mit seiner Bedeutung als Aufsichtsorgan dürfte es kaum geben. So wird ein Direktor jederzeit die Einsicht in die Bücher gewähren müssen,[2] da jetzt im revidierten OR ausdrücklich festgelegt ist, daß der Verwaltungsrat die Vorlegung der Bücher und Akten anordnen kann. Die Direktion wird man deshalb auch für eine ordentliche, den kaufmännischen Grundsätzen entsprechende Buchführung verantwortlich machen können. Aus diesem Grunde hat der Direktor der Buchführung und Bilanzierung alle Sorgfalt zu widmen.

Das deutsche Recht, das sich konkreter ausdrückt als das schweizerische, auferlegt dem Vorstand die Pflicht, bei seiner Geschäftsführung sich stets das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft vor Augen zu halten.[3] Zudem hat er sich immer vom Gedanken leiten zu lassen, daß seine Tätigkeit dem gemeinen Nutzen von Volk und Reich entspreche (Akt.G. 70 I). Seine Aufgabe ist deshalb nach dem Wortlaut des Gesetzes eine schwierigere als die des Direktors, denn nicht immer wird ein Entschluß, der im Interesse des Unternehmens liegt, gleichzeitig eine Besserung der Lage der Gefolgschaft zur Folge haben, sondern oft das Gegenteil. Wir denken an den Fall, wo eine Herabsetzung der Löhne erfor-

---

[1] Zur Frage, was unter Zweck zu verstehen sei, vgl. Heß 77.

[2] Vgl. Wolfers 108 und dort angeführtes Beispiel, wo ein Direktor dem Verwaltungsrat die Einsicht in die Bücher verweigerte, was dieser angenommen hat!

[3] Vgl. Haußmann 32.

derlich ist, um ein Unternehmen konkurrenzfähig zu erhalten, oder wo die Arbeitszeit verlängert werden muß, um bestimmte Aufträge fristgemäß erfüllen zu können. Zu all dem handelt der Vorstand auf seine eigene Verantwortung und wird, wenn etwas schief geht, kaum beim Aufsichtsrat Rückendeckung finden können.

Wie der Direktor im schweizerischen Recht, hat auch der Vorstand den Aufsichtsrat, hier nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, regelmäßig über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens auf dem Laufenden zu halten (Akt.G. 81).[4] Das hat mindestens vierteljährlich zu geschehen, und bei einem besonderen Anlaß hat er den Vorsitzer des Aufsichtsrates oder seinen Stellvertreter zu benachrichtigen. Der Bericht, der mündlich oder schriftlich sein kann, soll zuverlässig und den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechen, wie das Gesetz sich ausdrückt. Der Vorstand ist auch verantwortlich, daß die notwendigen Handelsbücher geführt werden.[5] Die Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft kamen bereits unter § 4 IV zur Sprache. Unter dem gleichen Abschnitt (§ 4 II) zusammen mit der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates wurde diejenige des Vorstandes behandelt, so daß auf diesen Abschnitt der Arbeit verwiesen werden darf.

Wenn schon das schweizerische Recht dem Direktor scheinbar weniger Pflichten auferlegt als das Akt.G. dem Vorstand, so wird, je nach der Stellung, die dem Direktor in der Gesellschaft zukommt, praktisch nur noch ein minimaler oder überhaupt kein Unterschied mehr bestehen. Da das Hauptgewicht der gesamten Geschäftsführung vom Verwaltungsrat auf eine Direktion verschoben werden kann, entsteht mit der Übertragung der Befugnisse auch eine Verschiebung der Pflichten von einem auf das andere Organ.

II. Statutarische

Mit der Bezeichnung statutarische Pflichten wird man zweckmäßig auch die reglementarischen einbeziehen. Einmal bestimmen

[4] Unter dem Vorwand, wichtigere fremde Interessen wahren zu müssen, kann er die Auskunft nicht verweigern. Vgl. RGZ 105. 392.

[5] Vgl. dazu Zimmermann 340 ff.

eine Großzahl der Statuten, aber auch Satzungen, daß über die Aufgaben der Direktion bzw. des Vorstandes ein Reglement alles Nähere bestimme.[6] Außerdem sind die Statuten häufig so knapp gehalten, daß sie sich über die Pflichten des Direktors gar nicht äußern.[7] Ein Beispiel wird am ehesten in der Lage sein zu zeigen, was unter die statutarischen Pflichten des Direktors zu zählen ist. Wir halten uns deshalb an die Bestimmungen, wie sie die Statuten der Maschinenfabrik Oerlikon für ihr Direktionsorgan aufgestellt haben.

Die mit der Geschäftsführung beauftragte Direktion hat alles zu unternehmen, was für einen nutzbringenden, den Interessen der Gesellschaft entsprechenden Geschäftsgang erforderlich ist. Da ihr die Angestellten und Arbeiter unterstellt sind, wird sie auch über Personalfragen zu entscheiden haben. Die Direktion hat die Beschlüsse des Verwaltungsrates zu vollziehen, handelt sonst aber selbständig im Rahmen der ihr durch die Statuten, Reglemente und Verträge zugewiesenen Kompetenzen. Sie vertritt die Gesellschaft Dritten gegenüber gerichtlich und außergerichtlich. Jede nähere Organisation bleibt jedoch einem Reglement vorbehalten.

Verglichen mit der Stellung des Vorstandes ist dem obigen Beispiel zu entnehmen, daß die Pflichten des Direktors nicht sehr von denen des Vorstandes abweichen.

Noch kürzer als die Statuten äußern sich die Satzungen der deutschen AG über die Vorstandspflichten. Es ist dies begreiflich, da das Gesetz den einzelnen Organen zum vornherein ihre Aufgaben fest zuteilt, weshalb in der Satzung die Feststellung genügt, daß der Vorstand die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, der Satzungen und der vom Aufsichtsrat zu genehmigenden Geschäftsordnung führt. Dabei kann auch die Liste mit den Geschäften angeführt sein, zu deren Führung der Vorstand die Zustimmung des Aufsichtsrates einholen muß.[8] Je nach Art des Unternehmens sind sie verschieden und können ebensosehr in einem besonderen Reglement niedergelegt sein.

---

[6] Vgl. v. Waldkirch.

[7] Vgl. König 67.

[8] Vgl. Satz. d. Mez, § 15; Stuag, Wien, § 15.

III. Die Geschäftsordnung

Die Geschäftsordnung ergibt sich als Ausfluß aus Statuten bzw. Satzungen und Reglementen sowie den Anstellungsverträgen. Sie ist es, die die Aufgaben und Befugnisse der Direktion bis ins Detail regelt und ergänzt, und bei einem mehrköpfigen Kollegium die Arbeitsteilung vornimmt. Der Verwaltungsrat wird allein oder in Verbindung mit der Direktion die erforderlichen Reglemente aufstellen und die zur Geschäftsführung nötigen Weisungen erteilen (OR 722, 2). Die Direktoren bzw. Vorstandsmitglieder werden über die Verteilung der Geschäfte selbst ihre Anordnungen treffen, soweit nicht Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat[9] Richtlinien erteilt haben. Als Beispiele seien aufgezählt:

> Die Ernennung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten. Beschränkung der Vertretung auf Filialen. Die Art der Zeichnung und die zeichnungsberechtigten Mitglieder.
>
> Rechts-, Verwaltungs-, Organisations- und Personalfragen. Anordnungen über Geschäftsberichte und deren Inhalt. Entwürfe zur Jahresrechnung und zum Geschäftsbericht an den Verwaltungsrat.[10] Führung des Tagebuches.
>
> Die Art der Geschäfte und von welchem Betrag an der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat zu konsultieren ist. Die Anrufung des Gerichtes und die Beiziehung von Rechtsberatern.

Für die Organisation des Betriebes und das ihnen unterstellte Personal können Direktion wie Vorstand selbst wieder eine Arbeitsordnung erlassen. Die Geschäftsordnung ist eine rein interne Angelegenheit der Gesellschaft, von deren rationellem Aufbau der Erfolg des Unternehmens zu einem nicht geringen Teil abhängt.

---

[9] Vgl. Das Aktiengesetz mit einer Mustersatzung für AG, herausgegeben von der Länderbank Wien in Wien, 1938.

[10] Vgl. Stat. d. Schweizerischen Kreditanstalt, § 33.

§ 10. Die Verantwortlichkeit

I. Haftung gegenüber der AG.

Die Verantwortlichkeit des Direktors aus seiner Tätigkeit für die Gesellschaft hat ihren gesetzlichen Niederschlag bei der Revision in OR 754 I gefunden. Danach sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen der Gesellschaft wie den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen, geschehe es absichtlich oder fahrlässig.[1] Mit der Erwähnung der mitverantwortlichen Geschäftsführung ist auch den vielen Zweifeln in der Literatur unter aOR, wenn es nicht schon durch einen Bundesgerichtsentscheid geschehen ist, endgültig ein Ende bereitet worden.[2] Die strenge Haftung des Direktors (Fahrlässigkeit genügt!) findet ihre Begründung darin, daß er die Geschäfte für einen Dritten, die Gesellschaft führt, somit bei einem nachlässigen Verhalten der Schaden nicht unmittelbar ihn trifft und ferner, daß zufolge seines tonangebenden Einflusses auf die Leitung der Gesellschaft Erfolg, aber auch Mißerfolg von seinem umsichtigen Auftreten weitgehend abhängen.[3] Für eine Anzahl Geschäfte ist er unter Umständen die allein zuständige Person, was besonders beim technischen Direktor zutreffen wird. Bringt ihm einerseits die Gesellschaft ihr volles Vertrauen entgegen, so soll er es anderseits durch pflichtbewußtes Verhalten zu würdigen wissen. Wohl untersteht der Direktor der Aufsicht des Verwaltungsrates und hat ihm Rechenschaft abzulegen, das heißt aber noch nicht, daß er damit seiner Verantwortungspflicht entbunden ist. Solange er innerhalb der Grenzen seiner eigenen Kompetenzen handelt, ist er auch dafür verantwortlich. Erst recht wird er verantwortlich, wenn er sie überschreitet, was in der Praxis häufig vorkommt, insbesondere beim Versuch, entstandene Verluste durch ein gewagtes Geschäft wieder wett zu

---

[1] Über die iuristische Natur der Klage als Vertragsklage vgl. Wieland 265 ff. Z.f.S.R. 45.

[2] Vgl. BGE 34. II. 496.

[3] Vgl. Pfyffer 88, Locher 96, Hug 87.

machen. Ein Direktor, der zu solchen Mitteln greift, betritt eine gefährliche Bahn, er wird bei einem Mißerfolg sein Vorgehen schwerlich entschuldigen können, hat er doch seinen Aufgabenkreis durchbrochen und begeht dadurch eine klare Verletzung seiner Sorgfaltspflicht. Die Haftbarkeit wird immer dort besser zutage treten, wo der Direktor das Unternehmen unter Mißachtung der ihm auferlegten Beschränkungen der Geschäftsführung, als wo er die Gesellschaft bei Ausübung seiner Obliegenheiten im Bereiche seiner Kompetenzen schädigt. Statuten und Reglemente geben nur Richtlinien an, an die sich der Direktor halten soll, innerhalb deren ihm aber ein weites Betätigungsfeld gelassen ist, in dem er frei schalten und walten kann. Das trifft vor allem für kleinere Gesellschaften zu, deren Direktion aus einer einzigen Person besteht. Setzt sich die Direktion aus mehreren Mitgliedern zusammen, so wird die Gefahr unvorsichtigen Handelns seitens des Einzelnen viel geringer sein, denn aus der notwendigen Zusammenarbeit und aus dem Umstand, daß die Statuten sie zu einem Organ zusammenschweißen, können die Direktoren nicht blind aneinander vorbeigehen. Eine gewisse Überwachungspflicht ergibt sich notwendigerweise aus ihrer Stellung.[4] Die gegenseitige Beaufsichtigung wird sich ein Direktionsmitglied umso mehr zur Pflicht machen, weil es riskiert, aus der Solidarhaftung nach OR 759 I belangt zu werden.

Ob der Direktor für seine Tätigkeit der Gesellschaft gegenüber als schadenersatzpflichtig erklärt werden soll oder nicht, das wird jeweilen der Verwaltungsrat oder die Generalversammlung vor der Erteilung der Entlastung bestimmen.[5] Wo er nicht beweisen kann, daß er mit Umsicht und Sorgfalt die Geschäfte geleitet hat, wird ihm die Décharge verweigert werden, und die Gesellschaft kann ihre Schadenersatzansprüche geltend machen. Es ist Sache des Direktors, sobald der Schaden festgestellt ist, den Nachweis gemäß

---

[4] Vgl. Zimmermann 341. Mit der Entlastung verzichtet die Gesellschaft nicht unter allen Umständen auf Schadenersatz, da eventuell im Zeitpunkt des Déchargebeschlusses der Schaden noch nicht in dem Umfang auftritt, wie er tatsächlich ist. Vgl. Gubler, Haftung des Verwaltungsrates und der Revisoren, Schw.AG. 1938/39, 162, auch BGE 65. II. 2 ff. i. S. Volksbank Reiden.

[5] Vgl. Henggeler 53, Bachmann in Festschr. f. Cohn 694 ff., OR 757, BGE 51. II. 70.

OR 97 zu erbringen, daß ihm kein Verschulden zufällt.[6] Kommt es zu keiner Einigung zwischen Direktion und den ihm vorgesetzten Organen oder ist der Umfang des Schadens umstritten, dann wird der Richter nach billigem Ermessen die Höhe der Entschädigung festsetzen. Hat der Direktor auf Weisung der Generalversammlung gehandelt, so wird er von der Gesellschaft nicht belangt werden können. Auch dann wird diese ihn nicht erreichen, obwohl der Schaden eingetreten und die Verantwortung des Direktors unzweifelhaft ist, wenn er sich in seiner Tätigkeit von den Wünschen einzelner Aktionäre, die in der Generalversammlung das Mehr vertreten, hat leiten lassen. Sie werden die Kleinaktionäre beim Entlastungsbeschluß überstimmen, was diesen gegenüber einer Vergewaltigung ihrer Rechte gleichkommt. Der Direktor haftet deshalb neben der Gesellschaft auch noch den einzelnen Aktionären, worauf wir im nächsten Abschnitt zu sprechen kommen.

Der Anspruch auf Schadenersatz, komme er nun von der Gesellschaft, den Gläubigern oder Aktionären, verjährt nach Ablauf von fünf Jahren, gerechnet vom Tage, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, unter allen Umständen aber mit Ablauf von zehn Jahren nach der schädigenden Handlung (OR 760 I). Diese Verjährungsfristen gelten nicht, wenn die Klage aus einer strafbaren Handlung herrührt, für die das Strafgesetz eine längere Verjährung vorschreibt, da diese auch für den Zivilanspruch maßgebend wird (OR 760 II).

Im Vergleich zum schweizerischen Recht regelt das deutsche Gesetz die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder eingehender. Verletzen die Vorstandsmitglieder ihre Obliegenheiten, so sind sie nach Akt.G. 84 II der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verantwortlich. Wie im OR für mehrere zur Geschäftsführung befugte Personen, ist auch ihre Haftung solidarisch. Immerhin haftet bei einer Teilung der Geschäfte unter die Mitglieder des Vorstandes jedes für eigenes Verschulden und kann nur belangt werden, wo es eine pflichtgemäße Überwachung über seine Kollegen vernachlässigt hat.[7] Um gewissen Härten und Un-

[6] Vgl. Henggeler 35, Bachmann OR 673 N. 2, BGE 14. 699, 34. II. 496 ff.
[7] Vgl. RGZ 98. 100.

gerechtigkeiten zu entgehen, wo ein Vorsitzer die Leitung der Gesellschaft entscheidend beherrscht, wird ein Vorstandsmitglied, das seinen Anordnungen widersprochen hat, sich befreien können.[8] Sonst wird es sich gleich verhalten wie bei einer Direktion, die sich in die Geschäftsführung geteilt hat. Die Vorstandsmitglieder müssen beweisen können, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben,[9] wenn sie sich von ihrer Haftpflicht befreien wollen (Akt.G. 84 II). Es dürfte nun in einigen Fällen nicht allzu schwierig sein, für ein Vorstandsmitglied darzulegen, daß es voll und ganz im Interesse der Gesellschaft gehandelt habe und sich nur zur Abwendung größeren Schadens zu einem riskanten Geschäft habe verleiten lassen. Um bei gewissen Tätigkeiten des Vorstandes keine Zweifel aufkommen zu lassen, zählt Akt.G. 84 III alle Fälle auf, aus denen er vor allem zum Ersatz verpflichtet wird, wenn entgegen den gesetzlichen Bestimmungen:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt,
3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden.
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrages oder des höheren Ausgabebetrages ausgegeben werden.
5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird.
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat; dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.
7. Kredit gewährt wird.
8. Bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwertes Bezugsaktien ausgegeben werden.

[8] So Baumbach § 84 N. 4 B.

[9] Es findet also eine Umkehrung der Beweislast statt, da aus Billigkeitsrücksichten der Gesellschaft gegenüber das Vorstandsmitglied immer als schuldig vermutet wird. Vgl. Schl.Qu. § 84 N. 14.

Das Vorstandsmitglied ist von der Haftung der Gesellschaft gegenüber befreit, sobald die Handlung durch einen gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung gedeckt ist (Akt.G. 84 IV). Ein vorsichtiges Mitglied wird deshalb Fragen der Geschäftsführung, über die es im Zweifel ist, der Hauptversammlung nach Akt.G. 103 II vorlegen. Das wird insofern nicht immer möglich sein, als die meisten Geschäfte nicht von einer Hauptversammlung bis zur andern aufgeschoben werden können und eine außerordentliche Einberufung in vielen Fällen unrentabel ist. Es liegt begreiflicherweise nahe, daß demnach ein Vorstandsmitglied so handelt, wie nach seiner Meinung die Hauptversammlung entschieden haben würde. Daß sich damit ein Mitglied nicht entlasten kann, leuchtet ein, ganz abgesehen vom Nachweis, der nachträglich schwierig zu erbringen wäre, daß die Hauptversammlung gleicherweise entschieden hätte.[10] Obschon er sich dabei mit Vorteil an die Meinung des Aufsichtsrates anlehnen wird, wird die Ersatzpflicht auch nicht ausgeschlossen dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, eine Befreiung von der Verantwortung von dieser Seite ist also unmöglich. Nach Baumbach vermag die Entlastung durch die Hauptversammlung ‚die gesetzliche Beweisvorschrift nicht zu ersetzen, ist aber doch in der Lage, eine tatsächliche Vermutung für die Schuldlosigkeit zu schaffen und überträgt der Gesellschaft die Beweislast.[11]

Auf den Anspruch kann die Gesellschaft erst nach Ablauf von fünf Jahren verzichten oder einen Vergleich darüber schließen unter der Voraussetzung, daß die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Aktionärminderheit, deren Anteil mindestens den fünften Teil des Grundkapitals ausmacht, Einspruch erhebt.

Die Verjährung tritt ein in fünf Jahren seit Entstehung des Anspruchs (Akt.G. 84 VI). Dabei ist anzunehmen, daß der Schaden noch nicht eingetreten zu sein braucht, demnach eine Feststellungsklage genügen wird.[12]

---

[10] Vgl. Baumbach § 84 N. 6.
[11] Vgl. § 84 N. 4 B.
[12] Vgl. RGZ 83. 356.

II. Haftung gegenüber den Gläubigern und Aktionären

Die Haftung des Direktors erschöpft sich aus erklärlichen Gründen nicht mit der Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft. Zu leicht könnte sich eine gewandte Person mit Hilfe nahestehender Großaktionäre vor der Generalversammlung reinwaschen, und dem kleinen Aktionär bliebe das Nachsehen.[13] Das wäre gleichbedeutend mit einer Untergrabung des Vertrauens in die Geschäftsführung und damit der Aktiengesellschaft überhaupt. Anderseits soll die Geschäftsleitung nicht ständige Attacken von seiten der Gläubiger und Aktionäre zu gewärtigen haben, was ihr zu sehr die Hände binden würde; an ein Florieren des Unternehmens durch eine selbständige und initiative Direktion wäre nicht mehr zu denken.[14] Deshalb bestimmt OR 755, daß, soweit ein Gläubiger oder Aktionär durch Benachteiligung der Gesellschaft, also durch sekundären Schaden[15] geschädigt wird, sein Anspruch nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft geht. Die Gläubiger können ihr Klagerecht überhaupt nicht geltend machen, solange nicht über die Gesellschaft nach SchKG 159 ff. die Konkurseröffnung ausgesprochen wurde (OR 758).[16] Fällt die AG in Konkurs, so steht nach OR 756 I die Geltendmachung der Ansprüche der einzelnen Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger zunächst der Konkursverwaltung zu, in deren Ermessen es liegt, ob sie die Direktion aus ihrer Verantwortlichkeit belangen will oder nicht. Verzichtet die Konkursverwaltung jedoch auf ihr Klagerecht, so ist jeder Aktionär und Gläubiger berechtigt, die Abtretung des Anspruches zu verlangen. Das Ergebnis ist nach den Bestimmungen von SchKG 260 I zu verteilen (OR 756 II). Dem Verzicht ist auch ein Vergleich der Masse mit den verantwortlichen Direktionsmitgliedern gleichzustellen, die Gläubiger gehen durch den Vergleich ihrer Rechte auf Abtretung

---

[13] Über die Ordnung des schwierigen Problems des Verhältnisses zwischen Groß- und Kleinaktionär vgl. Siegwart V. 5. N. 225 ff., Wieland 8.

[14] Vgl. Botschaft 60.

[15] Von sekundärem, oder wie sich das Gesetz ausdrückt, mittelbarem Schaden sprechen wir, wenn der Gläubiger oder Aktionär durch Schädigung der Gesellschaft zu Verlust kommt. Primär oder unmittelbar ist der Schaden, der einem Gläubiger oder Aktionär zugefügt wird, ohne daß die Gesellschaft in Mitleidenschaft gezogen wird.

[16] Über die Stellung des Direktors im Konkurs der AG vgl. Henze 68 ff.

nicht verlustig. Doch werden sie einen Vergleich in ihrem eigenen Interesse einem langwierigen Prozeß mit ungewissem Ausgang vorziehen.[17]

Der Aktionär hat ein Anfechtungsrecht gegenüber den Generalversammlungsbeschlüssen.[18] Seine Anfechtung des Entlastungsbeschlusses bildet die Voraussetzung, wenn er gegenüber dem Direktor die Verantwortlichkeitsklage geltend machen will.[19] Er kann sie nicht mehr anheben, wenn er der Beschlußfassung zugestimmt, oder die Aktien seither in Kenntnis der Schlußnahme erworben hat. Sein Klagerecht erlischt binnen sechs Monaten nach dem Déchargebeschluß (OR 757).

Die Haftung der Direktoren den Gläubigern und Aktionären gegenüber erhält sofort ein anderes Gesicht, sobald es sich um primären Schaden handelt. Da er die Gesellschaft nicht trifft, können die geschädigten Gläubiger und Aktionäre an die schuldigen Personen direkt gelangen. Die Bestätigung dazu entnehmen wir OR 755 aus der Umkehrung der darin aufgestellten Bestimmung über den mittelbaren Schaden. Für den Gläubiger fällt demnach die Konkurseröffnung als Voraussetzung zu seiner Klageerhebung außer Betracht.[20]

Neben dem ordentlichen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten kann nach OR 761 die Klage auch beim Richter am Sitz der Gesellschaft angebracht werden.[21]

Das deutsche Recht weist nicht die eingehende Regelung auf. Vor allem vermissen wir die feine Unterscheidung in primären und sekundären Schaden. Die Gläubiger haben sich zuerst an die Gesellschaft zu wenden,[22] da Akt.G. 84 V bestimmt, daß der Ersatzanspruch der Gesellschaft auch von den Gläubigern geltend gemacht werden kann, soweit sie von dieser keine Befriedigung er-

---

[17] Vgl. Henggeler 50. Das Vergleichsangebot der schadenersatzpflichtigen Mitglieder der Verwaltungsorgane i. S. Spar- und Leihkasse in Bern, was zur Erledigung der Zivilprozesse führte. NZZ 3. 10. 38, Nr. 1737.

[18] OR 706 I, vgl. auch Enßlin 66.

[19] Vgl. Siegwart V. 5. N. 248: Eine Klage ist wohl auch gegen die schuldige Verwaltung persönlich zuzulassen, wenn nicht in Verbindung damit die Umstürzung eines GV-Beschlusses angestrebt wird.

[20] Vgl. Henggeler 51/52, 56/57, Silbernagel 444 ff., Vigier 71.

[21] Vgl. Henggeler 60/61.

[22] Vgl. Schl.Qu. § 84 N. 20, Baumbach N. 7.

langen können. Diesem Zugeständnis wird aber gleich eine Schranke gesetzt, indem dieses Recht erlischt, wenn es sich nicht um eine Verletzung der in Akt.G. 84 III aufgezählten Fälle handelt oder wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben.

Weder durch einen Verzicht noch durch einen Vergleich der Gesellschaft wird den Gläubigern gegenüber die Ersatzpflicht aufgehoben, ebensowenig hat einen Einfluß, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, oder daß sie auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht (Akt.G. 84 V).[23]

Der Gläubiger ist nicht mehr in der Lage, seinen Anspruch direkt geltend zu machen, sobald über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist. An seiner Stelle wahrt der Konkursverwalter die Gläubigerrechte gegenüber den Vorstandsmitgliedern (Akt.G. 84 V). Vergleiche, die der Konkursverwalter schließt, binden auch die Gläubiger.[24]

Entschieden ungünstiger als im schweizerischen Recht stehen die Aktionäre da. Das Gesetz gibt ihnen überhaupt keinen Anspruch auf Schadenersatz gegenüber den verantwortlichen Vorstandsmitgliedern, auch wenn sie durch Pflichtverletzungen des Vorstandes geschädigt worden sind. Das liegt in der verstärkten Stellung des Vorstandes begründet. Ihr Recht wird nur mit den Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft geltend gemacht.[25]

III. Die Trennung der Verantwortung zwischen Verwaltungsrat und Direktion

Statuten und Reglemente haben uns gezeigt, daß die Direktion, obschon in vielen Fällen ausschließlich, doch nicht überall mit der gesamten Geschäftsführung betraut ist. In einem Großteil der Gesellschaften behält sich der Verwaltungsrat bzw. sein Ausschuß

[23] Ein Vorstandsmitglied wird jedoch kaum belangt werden können, wenn es einen gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung ausführt, da es seine Pflichten der Gesellschaft gegenüber nicht verletzt hat. Vgl. Schl.Qu. § 84 N. 25.

[24] Vgl. Schl.Qu. § 84 N. 26, RGZ 74. 429, 84. 251.

[25] Vgl. Gadow § 84 Anm. 38: Die einzelnen Aktionäre als solche oder die Aktionäre in ihrer Zusammenfassung können nicht die Schadenersatzansprüche der Gesellschaft in eigenem Namen oder für die Gesellschaft geltend machen.

oder ein Delegierter das Entscheidungs- oder zum mindesten das Zustimmungsrecht vor, sobald es um Geschäfte von gewisser Bedeutung geht. So werden vielfach Beschlüsse gemeinsam von Direktion und Verwaltungsrat gefaßt, die für Gedeih und Verderb der Gesellschaft ausschlaggebend sind, wofür die ungezählten Beispiele von Gesellschaftsskandalen ein beredtes Zeugnis ablegen. Ist das Unglück einmal hereingebrochen, so wird naturgemäß nach den Verantwortlichen geforscht, die zu finden nicht immer leicht hält.

Kein Zweifel herrscht dort, wo der Direktor seine Pflichten innerhalb der ihm zugewiesenen Kompetenzen verletzt; für die daraus hervorgehenden Schäden ist er allein verantwortlich. Nicht mehr so klar gibt sich die Lage, sobald ein Schaden verursacht wird dadurch, daß die Direktionsmitglieder eigenmächtig den Rahmen ihrer Aufgaben verlassen haben. Ihre Haftung ist unbestritten. Fraglich bleibt hingegen, ob der Verwaltungsrat auch hier noch unbehelligt davon kommt. Darüber eine allgemeingültige Regel aufstellen zu wollen, wäre aussichtslos, vielmehr wird von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse und der Geschäftsusancen entschieden werden müssen, ob der Verwaltungsrat als mitverantwortlich erklärt werden muß oder nicht. Hat der Direktor entgegen Wissen und Willen des Verwaltungsrates gehandelt, so wird er auch das Risiko allein zu tragen haben. Dagegen hat das Bundesgericht die Haltung des Verwaltungsrates nicht gebilligt, der die Verantwortlichkeit ablehnte, weil seine Weisungen nicht befolgt wurden.[26] Der Direktor wird aber auch oft unter Duldung durch den Verwaltungsrat seine ihm ursprünglich zugewiesenen Befugnisse übersteigen. Tritt unter solchen Umständen eine Schädigung der Gesellschaft ein, so wird der Direktor dafür auch voll einstehen müssen, denn es wäre zu riskiert und für ihn zu bequem, wenn er einen Teil oder die ganze Verantwortung auf das höhere Organ abwälzen könnte mit der Begründung, daß dieses keinen Einspruch gegen seine Beschlüsse erhoben habe. Oft wird der Direktor durch bessere Sachkenntnisse eher in der Lage sein, das Richtige zu treffen, und sein Rat wird ausschlaggebend sein für den Beschluß.[27] Erweist sich nachher, daß durch seine

[26] BGE 18. 595.
[27] Vgl. BGE 34. II. 511 ff.

Fahrlässigkeit zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt wurde, wird man nicht den Verwaltungsrat der Nachlässigkeit anklagen dürfen, da er sich auf die Auskünfte seines unteren, besser orientierten Organes verlassen hat.[28] Anderseits soll der Verwaltungsrat nicht seine Verantwortlichkeit dadurch umgehen können, daß er die Direktion nach ihrem Gutdünken walten läßt, um im gegebenen Moment ein Opfer zu haben, auf das er alles abschieben kann. Aus diesen Gründen wird im konkreten Fall zu untersuchen sein, ob der Verwaltungsrat durch Mißachtung seiner Aufsichtspflicht und durch sein passives Verhalten sich mitschuldig mache oder nicht.[29]

Führt der Direktor lediglich Beschlüsse des Verwaltungsrates aus, so wird man ihn in seiner Funktion als Direktor nicht verantwortlich erklären können. Eine andere Bedeutung kommt dagegen seinem Verhalten zu, das auf die Beschlußfassung entscheidend eingewirkt hat. Die Verwaltungsratssitzungen sind oft zu einem großen Teil ausgefüllt durch die Vorschläge und Anträge der Direktion. Sie ist vielfach das treibende Rad, um der Tätigkeit einen neuen Auftrieb oder eine andere Richtung zu geben. Kommen auf ihre Anregungen hin entscheidende Beschlüsse zustande, aus denen der Gesellschaft später Schaden erwächst, so wird man nicht schlechthin dem Verwaltungsrat die ganze Schuld in die Schuhe schieben können. Vielmehr bleibt zu untersuchen, ob die Orientierung und Begutachtung durch den Direktor sorgfältig und gewissenhaft ausgeführt wurde und ob sie in der Lage war, nachteilig auf den Entschluß einzuwirken. Dagegen wird der Direktor dann als allein haftbar erklärt werden können, wenn er in der Gestalt als Hilfsperson die Beschlüsse des Aufsichtsrates nachlässig oder direkt entgegen den erhaltenen Weisungen ausführt, nur erklärt sich seine Haftung nicht aus aktienrechtlichen Bestimmungen.[30]

Es bleibt noch zu untersuchen, wie weit die Verantwortung mit einer Genehmigung der Geschäftsführungsakte durch den Verwaltungsrat auf ihn übergeht. Nach bundesgerichtlicher Recht-

---

[28] Vgl. BGE 28. II. 106.

[29] Über die unbefriedigende Ausgestaltung in der Holdinggesellschaft, nämlich daß ihre Verwaltungsorgane bei einer Klage gegen die Direktion und den Verwaltungsrat einer Untergesellschaft nicht belangt werden können, vgl. Klingler 38 ff.

[30] Vgl. Wolfers 133.

sprechung[31] bedeutet Genehmigung durch den Verwaltungsrat Entlastung für die Direktion. Trotz dieses Entscheides wird der Verwaltungsrat die Haftpflicht der Direktion nicht ohne weiteres aufheben können, denn als Organ bleibt sie immer direkt gegenüber der Gesellschaft verantwortlich im Rahmen ihrer Kompetenzen, und nur die Gesellschaft kann ihr dafür Décharge erteilen.[32] Davon unberührt bleibt der Fall, wo die Direktion eine Pflichtverletzung begeht, indem sie in den Aufgabenkreis des ihr übergeordneten Organs greift, welches in der Lage ist, sie von ihrer Haftung zu befreien, sich damit jedoch selber die Verantwortung auflädt.

Für den Direktor wird sich die Situation immer dann ungünstig gestalten, wenn Statuten und Reglementen zu entnehmen ist, daß ihm die gesamte Geschäftsführung obliegt, ohne daß ein Trennungsstrich zwischen seinen und den Befugnissen des Verwaltungsrates gezogen ist. Es wird in seinem Interesse liegen, wenn er Beschlüsse des Verwaltungsrates, mit denen er sich nicht einverstanden erklärt, nur unter ausdrücklicher Ablehnung der Verantwortung ausführt. Bevor er sich zu dem entschließt, ist er gemäß der Stellung, die er innerhalb der Gesellschaft einnimmt, verpflichtet, alle Vorkehrungen zu treffen, um einen für das Unternehmen nachteiligen Beschluß abwenden zu können und erst, wenn das nichts fruchtet, seine Verantwortung abzulehnen.

Nach dem OR tritt unter mehreren für den Schaden verantwortlichen Personen Solidarhaftung ein (OR 759). Um aber den tatsächlichen Umständen Rechnung tragen zu können, hat der Gesetzgeber bei der Revision noch die Klausel aufgenommen, daß der Rückgriff unter mehreren Beteiligten vom Richter nach dem Grade des Verschuldens des Einzelnen bestimmt wird (OR 759 II).

Das deutsche Recht versucht die unliebsamen Erscheinungen, die in der Verantwortlichkeit mehrerer Organe für ein- und dieselbe Handlung liegen, dadurch zu bannen, daß es kurzerhand den Aufsichtsrat von der Geschäftsführung ausschließt, wie bereits zur Genüge gezeigt worden ist und dem ausschließlich dazu befugten Vorstand gezwungenermaßen auch die ganze Verantwortung auf-

[31] BGE 34. II. 514.
[32] Vgl. Wolfers 134.

bürdet. Wie wir bereits in § 7 I bemerkt haben, wird sich der Aufsichtsrat in den seltensten Fällen mit einer passiven Einstellung zur Geschäftsführung begnügen, gibt ihm doch das Gesetz selber die Handhabe dazu mit der Bestimmung, daß der Vorstand durch statutarische oder durch Verfügung des Aufsichtsrates für bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfe (Akt.G. 95 V).[33] Abgesehen von den Fällen, in denen der Aufsichtsrat durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht gemeinsam mit dem Vorstand für den der Gesellschaft zugefügten Schaden als verantwortlich erklärt werden kann, würde er trotz seiner vielleicht sogar entscheidenden Einwirkung auf gesellschaftsschädliche Geschäftsakte unbehelligt davon kommen. Diese Ansicht darf nun dem Gesetz nicht zugrunde gelegt werden, vielmehr wird der Aufsichtsrat, und dahin gehen auch die Meinungen in den Kommentaren,[34] für sein für die Geschäftsführung nachteiliges Verhalten der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig. Die Haftung ist gesamtschuldnerisch unter Wahrung des Rückgriffsrechtes im Innenverhältnis der Schuldigen.

IV. Strafrechtliche Natur der Verantwortlichkeit

Das schweizerische Recht, im Gegensatz zum deutschen Aktiengesetz, das einen ganzen Katalog von strafbaren Handlungen für die Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates und die Abwickler aufstellt, hat von der Aufstellung von Strafbestimmungen im Aktienrecht abgesehen, was nicht so selbstverständlich erscheint.[35] Das schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 muß hier einspringen und die Lücken ausfüllen. Art. 152 bestimmt:

> Wer als Gründer, Teilhaber, Geschäftsführer, Direktor, Bevollmächtigter, als Mitglied eines Verwaltungs- oder Kontrollorgans oder als Liquidator einer Handelsgesellschaft oder einer

[33] Als Beispiele, die reichlich davon Gebrauch machen, vgl. Satz. d. Daimler-Benz § 12, Mez § 15.

[34] Vgl. Schl.Qu. § 84 N. 12, Baumbach N. 4.

[35] Vgl. Siegwart V. 5. N. 354: In zahlreichen Bundes- und kantonalen Gesetzen ist die Belegung von iuristischen Personen mit Verwaltungsstrafen ausdrücklich vorgesehen, dazu die dort zitierten Beispiele.

Genossenschaft in öffentlichen Mitteilungen oder in Berichten oder Vorlagen an die Generalversammlung unwahre Angaben von erheblicher Bedeutung macht oder machen läßt, wird mit Gefängnis oder mit Buße bestraft.

In Art. 172 I heißt es:

Werden die in den Art. 147 und 163 bis 170 unter Strafe gestellten Handlungen im Geschäftsbetrieb einer iuristischen Person begangen, so finden die Strafbestimmungen auf die Direktoren, Bevollmächtigten, die Mitglieder der Verwaltungs- oder Kontrollorgane und die Liquidatoren Anwendung, die diese Handlungen begangen haben.

Art. 147 betrifft die Veruntreuung und den Entzug von Pfandsachen und Retentionsgegenständen. Art. 163 bis 170 umfassen Konkurs- und Betreibungsdelikte, wie:

Betrügerischer Konkurs, Pfändungsbetrug, leichtsinniger Konkurs und Vermögenszerfall, Unterlassung der Buchführung, Bevorzugung eines Gläubigers, Stimmenkauf, Verfügung über gepfändete, mit Arrest belegte oder amtlich aufgezeichnete Sachen, Erschleichung eines gerichtlichen Nachlaßvertrages.

Gleich wie Art. 172 I lautet Art. 326 für Übertretungen folgender Art:

Ungehorsam des Schuldners oder Dritter im Betreibungs- und Konkursverfahren;
Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 323—325).[36]

Ferner sind für die Direktion von Bedeutung:

Art. 158: Verleitung zur Spekulation.
Art. 160—162: Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter, wie Kreditschädigung, Unlauterer Wettbewerb, Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses.

Unter der Geltung des neuen Rechts wird auch mit der üblen Sitte aufgeräumt, daß die Kantone die Auslieferung von Ver-

[36] Vgl. Bl.zü.R. 32, 77 ff., Die Verurteilung des Alt-Direktors der Spar- und Leihkasse in Bern wegen fortgesetzten Betruges in « Basler Nachrichten » vom 15. 7. 39.

waltungsräten und Direktoren zahlungsunfähiger Unternehmen verweigern.[37]

Das deutsche Recht hat in Akt.G. 294—303 eine Reihe von Strafvorschriften für die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates aufgestellt. So wird mit Zuchthaus, Gefängnis, Geldstrafen und je nach den Umständen mit Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft, wenn sie Delikte folgender Art begehen:

Vorsätzliches Handeln zum Nachteil der Gesellschaft.
Falsche Angaben oder Verschweigung erheblicher Umstände.
Unrichtige Darstellung in der Übersicht über den Vermögensstand der Gesellschaft, verbotene Aktienausgabe.
Nichtersetzung fehlender Aufsichtsratsmitglieder. Unterlassen des Konkurs- oder Vergleichsantrages.
Fälschung oder Verfälschung von Hinterlegungsbescheinigungen, die zum Nachweis des Stimmrechts in einer Hauptversammlung dienen sollen.
Stimmenkauf für die Abstimmung in der Hauptversammlung.
Mißbrauch des Stimmrechts.
Unrichtige Wiedergabe des Jahresabschlusses, Unterlassen der Namensangabe auf den Geschäftsbriefen.
Verletzung der Berichts- und Verschwiegenheitspflicht (für den Vorsitzer des Aufsichtsrates und für Prüfer).

Nichteinhaltung einer Reihe von Vorschriften (vgl. Akt.G. 303) wird mit Ordnungsstrafen geahndet.

§ 11. Die Kautionsstellung

I. Allgemeines

Während das Gesetz die Hinterlegung von Aktien durch den Verwaltungsrat zur Sicherung der Ansprüche aus ihrer Verantwortlichkeit als notwendig erklärt (OR 710 II), sieht es keine gleiche oder ähnliche Maßnahme für die zur Geschäftsführung befugten

[37] Vgl. Gloor 83.

Personen vor. Es bleibt demnach der Gesellschaft überlassen, dementsprechende Anordnungen für die Direktion zu treffen, was auch regelmäßig der Fall ist. Es kann sowohl eine Personal- wie Realkaution verlangt werden, wobei die letztere der Übung entspricht. Über die Höhe und Art wird meistens im Vertrag,[1] den der Direktor mit der Gesellschaft eingeht oder in einem Reglement das Nähere bestimmt, seltener in den Statuten. Die Höhe der Kaution schwankt naturgemäß mit dem Umfang des Unternehmens und den der Direktion zugewiesenen Kompetenzen. Sie kann in Aktien wie in anderen Werten bestehen.

Das deutsche Recht hat von einer Normierung der Sicherungshinterlage sowohl für den Aufsichtsrat wie für den Vorstand abgesehen. Die Gesellschaft kann im Vertrag mit dem Organsmitglied das Erforderliche treffen.

II. Durch Aktien

Über eine Kaution durch Aktien kann im wesentlichen dasselbe gesagt werden wie über die Pflichtaktien des Verwaltungsrates (vgl. § 4 I). Sie werden vielleicht noch eher in der Lage sein, ihre Sicherheitsfunktion zu erfüllen. Es ist ihnen aber mehr die Bedeutung beizumessen, die Direktion materiell möglichst am Wohlergehen der Gesellschaft zu interessieren. Immerhin ist wohl denkbar, daß auf die deponierten Aktien eines verantwortlichen Direktors mit Erfolg gegriffen werden kann, weil seine schädigende Tätigkeit doch nicht ausgereicht hat, die Gesellschaft so stark zu treffen, daß eine Erschütterung der finanziellen Grundlage der AG verbunden mit einer Aktienentwertung eintrat.

III. Durch andere Werte

Dem Charakter einer Kaution wird viel eher Rechnung getragen mit einem Sicherungsdepot, das in Werten, die von der Gesell-

[1] Stat. d. Aare- und Emmenkanals, Art. 25: Die Kompetenzen des Direktors werden durch das Verwaltungsreglement geordnet. Gehalt, Kaution und Amtsdauer durch Vertrag. Vgl. auch Stat. d. Sandoz AG., Art. 21.

schaft unabhängig sind, eventuell in mündelsicheren Wertpapieren oder auch in Bargeld besteht, wie es in der Praxis auch häufig vorkommt.[2] Es wird einen Direktor viel empfindlicher treffen, wenn er riskieren muß, daß ihm nach einem unter Mitverantwortung heraufbeschworenen Gesellschaftsskandal an Stelle von entwerteten Aktien gute Wertpapiere verloren gehen. Zudem wird, wie schon unter § 4 I aufmerksam gemacht worden ist, den Gläubigern und Aktionären besser gedient sein mit gutstehenden, leicht realisierbaren Werten als mit Aktien eines Unternehmens, die der Nachfrage entbehren, und die als einziges Ergebnis nur noch eine bescheidene Liquidationsquote in Aussicht stellen.

Wo nichts anderes vorgesehen ist, wird als Ort der Hinterlegung der Sitz der Gesellschaft oder, was zuverlässiger ist, der Kontrollstelle anzunehmen sein.

§ 12. *Der Anspruch auf Lohn*

I. Das Fixum

Wie wir an anderen Orten bereits gezeigt haben (§ 6 III) charakterisiert sich das rechtliche Verhältnis zwischen Direktor bzw. Vorstandsmitglied und Gesellschaft regelmäßig als ein Dienstvertrag. Unter Heranziehung der entsprechenden Normen[1] verpflichtet sich der Dienstpflichtige zur Leistung von Diensten auf eine im Vertrag näher zu bestimmende Dauer und der Dienstherr zur Entrichtung eines Lohnes. Der Direktor wird deshalb seiner Aufgabe entsprechend, die allgemein im Zurverfügungstellen seiner ganzen Arbeitskraft in den Dienst des Unternehmens besteht, das Recht auf eine angemessene Entlöhnung haben. Demgemäß werden die Direktionsgehälter nicht nur wegen Umfang und Art der betreffenden Unternehmen erheblich voneinander abweichen, sondern auch von der Leistungskraft, die der Direktor aufbringt, be-

[2] Vgl. König 56; vgl. auch Stat. d. Spar- und Leihkasse in Bern, Art. 24: Kautionsbestellung durch Beitritt zur Amtsbürgschaftsgenossenschaft.

[1] OR 319, BGB 612 I, 675.

einflußt werden. Begreiflicherweise sehen die Statuten und Satzungen davon ab, sich über die Höhe der festen Entschädigung an die Direktions- oder Vorstandsmitglieder zu äußern. Es fällt ins Ermessen des Verwaltungsrates, über den Gehalt des Direktors zu bestimmen. In der Regel wird im Vertrag dem Passus über die Besoldung ein entscheidender Platz eingeräumt sein.

II. Die Gewinnbeteiligung

Die Gewinnbeteiligung des Direktors verfolgt den genau gleichen Zweck wie die Verteilung von Tantièmen an die Verwaltungsräte. Dort wie hier sollen durch materielle Vorteile die Interessen der Organsmitglieder am Gedeih des Unternehmens gesteigert werden. Es kann deshalb auf § 4 V 2 dieser Arbeit verwiesen werden, was die Ausrichtung von Tantièmen an Direktionsmitglieder betrifft. Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß die Tantième etwa nicht an Stelle, sondern neben den fixen Gehalt tritt.

Im deutschen Recht wird ein Unterschied zwischen der Gewinnbeteiligung des Vorstandes und des Aufsichtsrates gemacht (Akt.G. 77, 98). Der Vorstand ist insofern erheblich besser gestellt, als sich seine Gewinnbeteiligung am Jahresgewinn berechnet, bevor es zu einer Ausschüttung von Dividenden kommt. Dies geht aus der Gegenüberstellung der beiden zitierten Paragraphen hervor,[2] wonach den Aufsichtsratsmitgliedern eine Tantième nur dann verabreicht werden darf, wenn neben den vorschriftsgemäßen Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rücklagen den Aktionären eine Dividende von mindestens vier vom Hundert ausgerichtet worden ist. Eine Besserstellung der Vorstandsmitglieder wird auch noch dadurch bewirkt, daß der Aufsichtsrat, wenn es der Billigkeit entspricht, für das einzelne Geschäftsjahr zulassen kann, daß der Teil des Gewinns, der zur Bildung freier Rücklagen verwendet werden soll, nicht abgesetzt wird (Akt.G. 77 II). Das Gesetz macht den Aufsichtsrat dafür verantwortlich, daß die Gewinnbeteiligungen in einem angemessenen Verhältnis stehen zu den Aufwendungen zu-

[2] Vgl. auch Amtl.Begr. zu § 77.

gunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienen. Die Einhaltung dieses Gebotes kann die *Staatsanwaltschaft*[3] mit einer Zivilklage erzwingen, was ein recht merkwürdiger Eingriff in die privatrechtliche Sphäre der AG bedeutet.[4]

III. Die Gratifikation

Die Gratifikation ist eine außerordentliche, meistens alljährlich sich wiederholende Zuwendung zu dem vertraglich vereinbarten oder ortsüblichen Lohn eines Angestellten. Sie ist demnach keine für den Direktor einer AG spezifische Art der Entschädigung, sondern ist auch gebräuchlich für die in privatwirtschaftlichen Unternehmen mit einer anderen Gesellschaftsform amtierenden Organsmitglieder und Angestellten. Der verfolgte Zweck ist der gleiche wie bei der Tantième, Verflechtung der materiellen Interessen des Einzelnen mit denen des Unternehmens. Hat das Unternehmen gut gearbeitet, sind hohe Gewinne erzielt worden, so wird die Gratifikation an den Direktor, zumal er hervorragenden Anteil am Aufschwung der Gesellschaft hat, oft eine nicht unbeträchtliche Summe ausmachen. Über die Höhe kann nichts Bestimmtes gesagt werden, sie kann mehr vom Charakter eines Trinkgeldes steigen bis zu einem vollen Jahresgehalt oder mehr. Für den Direktor hat sie den Nachteil, daß sie für ihn immer ein etwas unbestimmter Faktor bleiben wird, da der Prinzipal nicht zu einer Ausrichtung gezwungen werden kann. Gegenüber der Tantième weist sie den Vorzug auf, den Leistungen der einzelnen Direktionsmitglieder entsprechend besser abgestuft werden zu können.

---

[3] Es soll damit der veränderten Wirtschaftsauffassung des Nationalsozialismus Rechnung getragen werden. Vgl. Baumbach § 77 N. 5.

[4] Rosendorff 74: Die Einführung der Staatsanwaltschaft als Hüterin des Aktienrechts, ohne daß es sich um eine strafbare Handlung handelt, gibt es in keinem Aktienrecht der Welt!

§ 13. Die Abberufung

I. Durch den Verwaltungsrat

Mit der Befugnis, die Direktion einzusetzen, muß auch das Recht des Verwaltungsrates verbunden sein, sie jederzeit abberufen zu können.[1] Entspricht die Direktion nicht mehr den Erwartungen, die ihr aus der ausgesprochenen Vertrauensstellung gegenüber der Gesellschaft erwachsen, so muß dieser Gelegenheit gegeben werden, einem für sie unhaltbaren Zustand auf kürzestem Wege ein Ende zu bereiten. Man wird einem seriösen Unternehmen nicht zumuten können, sich auch nur einen Tag länger als nötig von einem Organ vertreten zu lassen, das ihr Vertrauen nicht mehr rechtfertigt. Aus diesem Grunde bestimmt das Gesetz in OR 726 I:

> Die Verwaltung kann die von ihr bestimmten Ausschüsse, Delegierten, Direktoren und anderen Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen.

Von der Voraussetzung wichtiger ‚Gründe, wie es im Akt.G. verlangt wird, hat das OR abgesehen. Sie dürften nicht immer leicht zu beweisen sein, besonders nicht beim Vorliegen von Verdachtsgründen.[2] Das Bundesgericht hat in einem Entscheid dazu noch besonders Stellung genommen und das freie Abberufungsrecht der Gesellschaft ausdrücklich bejaht.[3]

Hat der Verwaltungsrat einerseits das Recht, die von ihm eingesetzten Direktionsmitglieder abzuberufen, sobald sie ihm nicht mehr genehm sind, so muß anderseits dem Direktor ein gewisser Schutz gegeben werden, sieht er sich doch mehr oder weniger der Willkür des ihm übergeordneten Organs ausgesetzt. Deshalb sieht OR 726 III vor, daß Entschädigungsansprüche der Abberufenen vorbehalten bleiben. Das Nähere wird aus dem Vertrag, den der Direktor mit der Gesellschaft eingegangen ist, zu entnehmen sein;

---

[1] Vgl. Bachmann OR 650 N. 5: Es ist im Einzelfalle fraglich, ob nur die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung oder auch gleichzeitig der Dienstvertrag aufgehoben werden kann.

[2] Vgl. Wolfers 86.

[3] Vgl. BGE 25. II. 346.

schweigt er, so sind die Lücken mit den entsprechenden Normen über den Dienstvertrag auszufüllen.[4]

Der Verwaltungsrat ist nicht in der Lage, Direktoren abzuberufen, die von dem ihm übergeordneten Organ, der Generalversammlung, bestellt worden sind. Das Gesetz gibt ihm für diesen Fall die Befugnis, Direktionsmitglieder in ihren Funktionen jederzeit einzustellen unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung, die dann das Weitere beschließen wird (OR 726 II). Über die Schadenersatzansprüche der in den Funktionen Eingestellten ist das gleiche zu sagen wie oben.

Dem Direktor die Möglichkeit jederzeitiger Amtsniederlegung einzuräumen, wäre der Gesellschaft gegenüber unverantwortlich. Das hieße, einem rücksichtslosen Direktor ein Droh- und Machtmittel in die Hände zu spielen, mit dem er die Gesellschaft in große Verlegenheit bringen könnte. Dagegen kann einem Direktor der Rücktritt vom Vertrag aus wichtigen Gründen innerhalb der Bestimmungen des Dienstvertrages nicht verweigert werden.

II. Durch den Aufsichtsrat

Die Abberufung der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat kann nur erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als solcher Grund wird besonders angeführt, grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zu ordnungsgemäßer Geschäftsführung (Akt.G. 75 III). Das Gesetz spricht von Widerruf, worunter wir sowohl Einstellung in der Funktion als Vorstandsmitglied wie auch Abberufung mit Auflösung des Dienstvertrages verstehen können.[5] Indem der Widerruf an einen wichtigen Grund geknüpft wird, soll vermieden werden, daß der Vorstand in ein zu starkes Abhängigkeitsverhältnis zum Aufsichtsrat gerät. Dabei ist aber der Begriff des wichtigen Grundes sehr weit zu spannen, denn nach der Amtl.Begr. zählt stets als selbstverständlich dazu, wenn die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen hat.[6] Der

[4] Vgl. Pfyffer 94.
[5] Vgl. Baumbach § 75 N. 5.
[6] Vgl. Amtl.Begr. § 75.

im Gesetz so auffallende Unterschied im schweizerischen und deutschen Recht wird demnach in der Praxis kaum so stark hervortreten. Der Widerruf bedeutet für das davon betroffene Mitglied, daß es jede Tätigkeit für die Gesellschaft zu unterlassen hat, solange seine Unwirksamkeit nicht rechtskräftig entschieden ist (Akt.G. 75 III). Für die Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag gelten die allgemeinen Vorschriften, wie das Gesetz sagt. Danach ist BGB 626 maßgebend über das Vorliegen eines wichtigen Grundes und nicht, was als wichtiger Grund für die Auflösung des Dienstverhältnisses maßgebend war.[7]

Eine Amtsniederlegung[8] ist beim Vorstand nur dort anzunehmen, wo er in einem Auftragsverhältnis zur Gesellschaft steht, was jedoch die Ausnahme bilden dürfte. Daneben steht aber das Recht zur Kündigung einem Vorstandsmitglied gleichermaßen zu wie einem Direktor.[9]

§ 14. Die Kontrollstelle

In der Geschäftsführung der AG nimmt die Kontrollstelle eine nicht unbedeutende Stellung ein. Zwar kann und darf sie an der Leitung der Gesellschaft nicht direkt teilnehmen (OR 731 I), ihr Einfluß besteht in erster Linie darin, festzustellen, ob die Direktion ihren gesetzlichen und statutarischen Pflichten nachgekommen ist. Deshalb erstreckt sich auch die Prüfungspflicht vor allem auf die Buchführung und auf die Kontrolle der Gewinn- und Verlustrechnung und ob die Bilanz mit den Büchern tatsächlich übereinstimme (OR 728 I). Die Revisoren haben der Generalversammlung über ihre Prüfungen einen Bericht abzulegen, der die Voraussetzung zur Entlastung der Direktion und des Verwaltungsrates, sowie der Beschlußfassung über die Bilanz bildet (OR 729 II). Kommen ihnen bei Ausführung ihres Auftrages Mängel der Geschäftsführung zu Gesicht, so haben sie Mitteilung an die den

[7] Vgl. Schl.Qu. § 75 N. 13.
[8] Vgl. Brodmann HGB 231 N. 7 a, Silbernagel 248.
[9] Vgl. Baumbach § 75 N. 6.

Verantwortlichen übergeordnete Stelle, gleichzeitig aber auch an den Präsidenten des Verwaltungsrates zu erstatten und in wichtigen Fällen sogar an die Generalversammlung (OR 729 III). Der Revisor muß deshalb nicht nur buchführungstechnisch ausgebildet sein, sondern auch in hohem Grade kaufmännisch denken können wie organisatorisch begabt sein. Weist er diese Eigenschaften in genügendem Maße auf, so wird er in der Lage sein, in die Geschäftsführung tatsächlich einen zusammenhängenden Einblick zu erhalten und kann durch geschickte Darstellung in seinem Bericht auf die Beschlüsse der Generalversammlung einen Einfluß ausüben.

Es wäre jedoch verfehlt, der Kontrollstelle, obwohl sie Organcharakter hat, den Aufsichtsrat gegenüberzustellen. Sie hat nicht wie dieser oder der Verwaltungsrat allgemein die Geschäftsführung zu überwachen.[1] Mag unter der Geltung des HGB noch etwas Wahres daran gewesen sein, daß der Aufsichtsrat Aufgaben der Kontrollstelle zu bewältigen hatte,[2] heute stimmt es nicht mehr. Er kann im Rahmen seiner Sorgfalts- und Aufsichtspflicht die Bücher einsehen und prüfen, der Hauptversammlung muß er aber nicht mehr darüber Bericht erstatten (vgl. HGB 246 I).

Vielmehr entsprechen den vom OR vorgeschriebenen Revisoren die Abschlußprüfer nach Akt.G. 135 ff. Sie übernehmen einen Teil der Arbeit, die der Aufsichtsrat als dafür ungeeignet nicht leisten kann.[3]

Die Abschlußprüfung darf sich nicht darauf beschränken, ob der Jahresabschluß äußerlich sachgemäß aufgestellt ist und mit dem Bestandesverzeichnis und den Geschäftsbüchern übereinstimmt, sondern hat auch die Beachtung der recht zahlreichen Vorschriften über den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht durchzusetzen (Akt.G. 135 II, vgl. dazu die zahlreichen Formblätter für die Jahres-

---

[1] Botschaft 52: Wir gehen davon aus, daß die Aufgabe der Kontrollstelle die Prüfung der Rechnungsführung, insbesondere des Geschäftsabschlusses und nicht die Prüfung der Geschäftsführung ist, daß sie sich also zum vornherein nicht auf die Untersuchung und Wertung der einzelnen abgeschlossenen oder abgetretenen Geschäfte zu erstrecken hat. Vgl. dazu BGE 65. II. 11.

[2] Vgl. Zimmermann 343.

[3] Vgl. Baumbach § 135 N. 1. Als Abschlußprüfer dürfen nur öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gewählt oder bestellt werden (Akt.G. 137 I).

bilanz der verschiedenen Unternehmungen in der Durchführungsverordnung vom 29. 9. 37. Akt.G. Schlußanhang I, die in den Aktiengesellschaften eine weitgehende Schematisierung der Buchführung zur Folge haben).

Erreicht das Grundkapital schweizerischer AG fünf Millionen Franken oder haben sie Anleihensobligationen ausstehend oder empfehlen sich zur Annahme fremder Gelder, ist die Verwaltung verpflichtet, die Bilanz durch unabhängige Büchersachverständige prüfen zu lassen (OR 723 I). Ihr Prüfungsbericht geht an die Verwaltung und Kontrollstelle. Um der Gefahr der Doppelspurigkeit zu entgehen, wird eine Gesellschaft zweckmäßig eine Kontrollstelle wählen, die gleichzeitig den Erfordernissen aus OR 723 standzuhalten vermag.[4] Dem Bericht der unabhängigen Prüfer ist umso mehr Gewicht beizumessen, als er nicht an die Generalversammlung geht und deshalb geeignet ist, über die Jahresrechnung eine genaue Analyse abzufassen, die dem Verwaltungsrat da und dort einen wertvollen Hinweis zu geben vermag.

Es mag auch hier noch auf die Kontrolle hingewiesen sein, die der Geschäftsführung aus dem Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs im schweizerischen Recht erwächst nach OR 697.[5]

Neben der gesetzlich vorgeschriebenen Revision der Bücher steht es im freien Ermessen der Generalversammlung, zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile besondere Kommissäre oder Sachverständige zu bestellen (OR 731 II). Daß hievon Gebrauch gemacht wird, zeigen die diesbezüglichen Vorschriften in den Statuten,[6] ohne daß damit gesagt werden will, daß sie zu ihrer Verbindlichkeit statutarisch verurkundet werden müssen. Im gleichen Sinne kann die Hauptversammlung gemäß Akt.G. 118 I Sonderprüfer ernennen.

---

[4] Vgl. Staehelin 124.
[5] Vgl. Hagmann 48 ff.
[6] Vgl. Stat. d. Schweizerischen Lokomotiv- und Maschinenfabrik in Winterthur AG., § 35.